

Универзитет „Гоце Делчев“ – Штип
Правен факултет



Магистерски труд на тема:

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Ментор:

доц. д-р Борка Тушевска Гавриловиќ

Кандидат:

Катерина Ѓуркова

Штип, 2016

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

University of “Goce Delchev” – Shtip
Faculty of Law



Master thesis:

The liability of the Guarantor under Macedonian law and jurisprudence

Mentor:

PhD, Borka Tushevska

Candidate:

Katerina Gurkova

Shtip, 2016

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Комисија за оценка и одбрана:

Претседател:

доц. д-р Кристина Мишева

Ментор:

доц. д-р Борка Тушевска Гавриловиќ

Член:

доц. д-р Марија Амповска

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Апстракт:	6
Вовед:	8
1. Предмет и цели на истражувањето во магистерскиот труд	16
2. Методологија на истражувањето на магистерската теза	26
ПРВА ГЛАВА	29
I. ПОИМ И ПРАВНАТА ПРИРОДА НА ДОГОВОРОТ ЗА ГАРАНЦИЈА	29
1. Поим, улога и значење на гаранцијата и банкарската гаранција како финансиски инструмент	29
2. Карактеристики на договорот за гаранција како инструмент за обезбедувањето на побарување	35
10. Форма на гаранцијата како правна работа за обезбедување на побарувањето	38
10. Предмет на гарантирањето кај договорот за гаранција	43
5. Способност за гарантирање за обврските на главниот должник	49
5.1. Обем на одговорноста на гарантот по основ на преземени обврски од гарантирањето	52
6. Суброгација кај договорот за гаранција	54
7. Форми на гаранција	60
8. Концептот на застареност кај договорот за гаранција	67
ВТОРА ГЛАВА	75
II. ПРАВА И ОБВРСКИ НА ГАРАНТОТ СПОРЕД МАКЕДОНСКОТО ПОЗИТИВНО ПРАВО	75
1. Поим и видови на права и обврски на гарантот	75
2. Право да бара надомест од должникот	77
2.1. Губење на правото на надомест	80
2.2. Право на враќање на исплатеното	84
3. Право на гарантот на еден солидарен должник	86
4. Право на гарантот на претходно обезбедување	91
5. Обврските на гарантот низ призмата на македонската судска практика	92
6. Регрес на исплатувачот спрема другите гаранции	104
ТРЕТА ГЛАВА	107

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

III. ОДГОВОРНОСТ И СЛУЧАИ НА ОСЛОБОДУВАЊЕ ОД ОДГОВОРНОСТ НА ГАРАНТОТ СПОРЕД МАКЕДОНСКОТО ПОЗИТИВНО ПРАВО И ПРАКТИКА	107
1. Концептот на солидарност на гарантите кај договорот за гаранција	107
2. Ослободување од одговорност на гарантот	108
2.1. Ослободување на гарантот поради доверителовото оддолжување	108
2.2. Ослободување на гарантот поради напуштање на гаранциите	110
3. Правните последици од стечајот врз договорот за гаранција	111
3.1. Влијанието на стечајот и стечајната постапка на главниот должник	115
3.2. Влијанието на стечајот и стечајната постапка на правата на гарантот по основ на дадената гаранција	121
ЧЕТВРТА ГЛАВА	125
IV. БАНКАРСКАТА ГАРАНЦИЈА КАКО ПОСЕБЕН ВИД НА ГАРАНЦИЈА	125
1. Поим на банкарска гаранција и супергаранција	125
2. Отстапување на правата од гаранција	131
3. Гаранција без приговор според Македонското позитивно право	133
ЗАКЛУЧОК НА МАГИСТЕРСКИОТ ТРУД	145

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Апстракт:

Гаранцијата претставува лично средство за обезбедување на побарувањата во граѓанските и трговските договори. Во секојдневниот промет на стоки и услуги, гаранцијата претставува едно од најискористените инструменти за обезбедување на трансакциите и составен дел на бројни и хетерогени правни дела и тоа како во договорите помеѓу бизнис заедницата и потрошувачкиот сектор, така и во договорите случени во рамките на бизнис заедницата.

Во современите услови на масовен и брз промет на стоки, гаранцијата е составен дел скоро на секоја меѓународна трансакција. Нејзината главна улога во прометот е да обезбеди сигурност и стабилност во реализирањето на обврските од договорите и во поширок контекст да обезбеди стабилност во целиот приватен сектор.

Гаранцијата нема значење само за исполнувањето на обврските од граѓанските договори, туку истовремено претставува механизам за обезбедувањето на исполнувањето во трговските договори. Последното посебно се однесува на банкарската гаранција и нејзината улога во обезбедувањето на побарувањата во деловниот промет.

Земајќи ја предвид сложеноста на правното дело, како и учеството на тројца субјекти во правното дело, како спорно во правната литература и во практиката се јави определувањето на правната природа на договорот и утврдувањето на правните односи кои настануваат помеѓу гарантот, налогодавачот и третото лице во чии интерес се издава гаранцијата. Тргувајќи од ова, во магистерската работа предмет на истражување ќе бидат токму правните односи помеѓу субјектот, правата и обврските на договорните страни, и правните последици од отворањето на стечајната постапка врз главниот должник.

Клучни зборови: гаранција, осигурување, банкарска гаранција, стечај, обезбедување на побарување.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Abstract:

The guarantee is personal collateral for the claims in civil and commercial contracts. In daily trade of goods and services, guarantee is one of most common collateral transactions and an integral part of numerous and heterogeneous legal cases such as the contracts concluded in between business and consumer sectors, and the contracts concluded within the business sector it self. In modern conditions of massive and rapid turnover of goods, the guarantee is an integral part of nearly every international transaction. Its main role in the turnover is to provide security and stability in the implementation of obligations under the treaties, and in a broader context to ensure stability in the whole private sector.

The guarantee has considerably meaning not only for the fulfillment of obligations of civil contracts, but also a mechanism for ensuring the implementation of trade agreements. The latter applies particularly to the bank guarantee and its role in the provision of claims in the business market.

Taking into account the complexity of the legal action, and participation of three subjects, as controversial in the literature and in practice called the determination of the legal nature of the contract and the establishment of legal relations arising between the guarantor, the principal and the third party in whose interest warranty has been issued. Considering this, the subject mater of this research will be exactly legal relations between subjects, rights and obligations of the parties and the legal consequences of the bankruptcy proceedings against the principal debtor.

Key words: guarantee, insurance, bank guarantee, bankruptcy, providing query.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Вовед:

Гаранцијата претставува *облигационо средство за обезбедување на побарување* познато во речиси сите компаративно правни системи. Покрај правните аспекти, гаранцијата како облигационо-правен инструмент претставува средство за обезбедување на побарувања со ефикасни економски ефекти и тоа како во поглед на исполнување на настаната облигација, така и во поглед на обезбедувањето на економската стабилност на трансакциите. Во контекст на ова, преку обезбедување на исполнувањето на обврските од договорите, гаранцијата придонесува пред сè кон правната, меѓутоа во голема мерка и кон економската сигурност во поглед на исполнувањето/престанувањето на облигацијата (*juris vinculum*) настаната по основ на склучените договори за промет на стоки и услуги.¹

Согласно базичниот принцип на автономија на волја на договорните страни (*слободна диспозиција на страните во договорното право*),² гаранцијата може да се договори како средство за обезбедување на полноважното побарување што го има која било од договорните страни.³ Ваквата практика овозможува гаранцијата како лично средство за обезбедување на побарувањето да биде составен елемент на бројните и хетерогени договорни односи кои се карактеристични како во граѓанскиот, така и во деловниот промет.

¹ Во контекст на образложението од погоре истакнуваме дека станува збор за престанување на облигацијата по пат на исполнување на договорот. Попрецизно, решението од Закон за облигационите односи („Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009 и 123/2013, во понатамошниот текст ЗОО), член 284/1 и тоа: *обврската престанува кога ќе се исполни, како и во други случаи определени со закон.*

² Учесниците во прометот слободно ги уредуваат облигационите односи во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи (ЗОО, член 3).

³ Како облигационо правен инструмент за обезбедување на побарувањето, гаранција може да се даде во интерес на која било од договорните страни што има статус на доверител во конкретната облигација. Попрецизно, иако гаранцијата претставува поддршка на должникот во исплатувањето на својот долг, истата се засновува во интерес на доверителот којшто во случај да не може да го наплати своето побарување од должникот, има право да бара намиравање од гарантот по основ на дадената гаранција.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Гаранцијата може да биде предмет на анализа како од правен, така и од економски аспект во смисла на придонесот на гаранцијата кон остварувања на побарувањето на доверителот. Гаранцијата како правно дело и воопшто гаранцијата како граѓанско правна или трговска дејност може да биде предмет на анализа и од бројни други општествено-економски, социолошки, филозофски аспекти. Во современи услови на промет на стоки и услуги доминираат правните и економските аспекти, наспроти социолошките и филозофските аспекти кои се далеку поблиски до граѓанско правната концепција на гаранцијата како класичен инструмент на граѓанското право. Ова од причина што мотивите за склучување на договорот за гаранција кај класичната концепција на гарантирање и банкарската гаранција се дијаметрално спротивставени.⁴

Економските аспекти базично се концентрирани на обезбедувањето правна сигурност во прометот на стоки и услуги, зацврстувајќи ја сигурноста на доверителот во наплатата на своето побарување, оттука и зацврстување на својата финансиска состојба во поглед на побарувањето што го имаат доверителите спрема него со статус на должник.

Во правната литература и деловна практика неспорно е влијанието и значењето на гаранцијата како економски инструмент. Ваквото становиште е изречно потврдено од бројните договори за гаранција и банкарска гаранција, како составен дел на секојдневните трговски зделки и граѓански правни дела.⁵ Сепак, водејќи се од нашиот профил на образование и нашите интереси на подрачјето на гаранцијата, фокусот на нашето внимание ќе биде на правните аспекти на гаранцијата и банкарската гаранција, со акцент на одговорноста на гарантот според позитивното право и судска практика.⁶

⁴ Види повеќе: Zattila M.J., Zaključivanje ugovora u elektronskoj formi kao imperative savremeno trgovine, Beograd, 2005.

⁵ Народна банка на Република Македонија, Дирекција за платни системи, Банкарските гаранции како инструмент за финансирање на меѓународната трговија, 2015 година, стр. 4-16.

⁶ Банкарската гаранција е уредена во посебна глава XLII од ЗОО, член 1122-1127. Законодавецот во делот на гаранцијата и во делот на банкарската гаранција како посебен институт за зајакнување на побарувањето користи термини кои истакнуваат дека станува збор за дејност, гарантирање, банкарска гаранција итн. Сепак, во анализата на одредбите јасно се утврдени правата и обврските со сите специфики на овие два институти за зајакнување на побарувањето. Гаранцијата може да се договори во функција на зајакнување на побарување на

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Мотивацијата да истражуваме на полето на гаранцијата како правна работа, со посебен фокус на *одговорноста на гарантот во македонското позитивно право и практика*, произлегува пред сè од комплексноста на правниот однос, учеството на повеќе субјекти во облигацијата,⁷ мултипликативноста на правните реперкусии од перфекцијата на гаранцијата, способноста за гарантирање, предметот на гарантирање, суброгација кај гаранцијата, солидарност кај гарантите, случаи на ослободување на одговорност на гарантите, регрес и застареност во поглед на побарувањата и долговите на договорните страни итн.

Иако станува збор за класичен инструмент на облигационото (договорно) право на чиј терен постојат бројни коментари, научни публикации, монографии, научни и стручни трудови, итн., водени од судската практика и темелната теоретска анализа, како спорни ни се поставија бројни прашања кои заслужуваат одговор во интерес на стопанството, судската практика, граѓанскиот промет итн. Дотолку повеќе што од анализата на научните и стручни извори кои ни беа на располагање, констатиравме дека сè уште постои недостаток во елаборациите на одредени правни прашања во делот на гаранцијата и банкарската гаранција, особено во делот на одговорноста на гарантот, спецификите во поглед на настанувањето на облигацијата и исполнувањето на содржината на облигацијата.⁸

Во користената литература што ни беше на располагање, констатиравме

физичко лице од граѓански договор и на трговско друштво или трговец поединец (трговец) од трговска трансакција. Повеќе за субјектите кои имаат статус на трговец во смисла на Македонско право види: Закон за трговските друштва („Службен весник на Република Македонија“ бр. 28/2004; 84/2005; 25/2007; 87/2008; 42/2010; 48/2010; 24/2011; 166/2012; 70/2013; 119/2013; 120/2013; 187/2013; 38/2014; 41/2014; 138/2014; 88/2015; 192/2015 и 6/2016, во понатамошниот текст при цитирањето на Законот за трговски друштва ќе ја користиме скратеницата ЗТД), член 4-8.

⁷ Во правната литература застапени се две становишта во поглед на сфаќањето на облигацијата како правна врска (*juris vinculum*) помеѓу доверителот и должникот и тоа: монистичка и дуалистичка теорија во поглед на сфаќањето на облигацијата. Ова разграничување нема суштествено значење во анализа на предметот на гаранцијата, меѓутоа со оглед на фактот што честопати го користиме во елаборирањето на предметот на истражувањето ги истакнуваме монистичката и дуалистичката концепција за облигацијата. Види повеќе за сфаќањата на овие две теории за облигацијата како правна врска помеѓу должникот и доверителот кај: Perović S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1986, стр. 5.

⁸ Чавдар К. И., Чавдар К., Коментар на Закон за облигациони односи, Скопје, 2005.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

дијаметрално различни становишта во поглед на карактеристиките на договорот и настанокот на облигацијата. Земјаќи ја предвид судската практика, ни се чинише сосема оправдано да пристапиме кон една потемелна теоретска и практична анализа на овој граѓанско правен институт во функција како на физичките лица, така и на трговските субјекти.

Во насока на сето ова ја поставивме и нашата скица, хипотетската рамка, методологијата и очекуваните резултати. Како најголем придонес во анализата на прашањето сепак ја сметаме анализата на судската практика што претставува надградба на теоретските делиберации и елаборации во компаративната правна литература.

Гаранцијата претставува инструмент за задоволување на потребите на договорните страни, како на полето на трговското работење, така и на полето на граѓанските договори. Во Римското право договорите за гаранција (*adpromissio*) биле договори помеѓу доверителот на некоја примарна обврска и лицата што се обврзувале дека ќе му ја исплатат таа обврска наместо должникот или солидарно со него, или само во случај ако тој не ја исплати.⁹

Концептот на гаранција во Римското право подразбирало три типа на гаранција и тоа: *привативна интерцесија*, *кумулятивна интерцесија*, *субсидијарна интерцесија*.¹⁰ Сите овие видови на гаранција се познати и во современите граѓански законици, вклучувајќи го и Македонскиот ЗОО. Институтот на гаранцијата, посебно банкарската гаранција се развива паралелно со развојот на стопанството, индустријата и пазарот на стоки и услуги. Во современите услови на промет на стоки банкарската гаранција претставува нужна трансакција со која честопати се условува настанувањето на облигацијата.¹¹

Во услови на светска глобализација, експанзија на малите и средни

⁹ Пухан И., Поленак-Акимоска М., Римско право, Скопје, 2008, стр. 318.

¹⁰ Станојевић О., Римско право, Београд, 2004, стр. 328.

¹¹ Покрај гаранцијата како инструмент за обезбедувањето на прометот и правната сигурност во меѓународната трговија, банките се користат и со акредитивот како меѓународно платежно средство. Акредитивот е во тесна врска со начелото на истовремено исполнување на правата и обврските и ја има функцијата на обезбедување на реципроцитет, односно истовременост во исполнувањето на долговите и побарувањата од двете страни.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

деловни потфати, зголемувањето на динамиката на трговските трансакции, гарантирањето сè повеќе ја менува својата форма, а под влијание на потребите на современото стопанство ја менува и својата содржина. Ваквото становиште е во тесна врска со деловната и судската практика. За таа цел предмет на истражување ќе бидат и бројни судски пресуди од македонското правосудство, како начин да ја согледаме судската практика, настанувањето на договорите во деловната практика и правните последици од имплементацијата на гаранцијата во правниот систем на Република Македонија.

Компаративните аспекти на гаранцијата и банкарската гаранција не се предмет на темелна анализа. Тргувајќи од комплексноста на институтите и потребата да се анализираат последиците од нивната имплементација во договорите, го исклучивме споредбено правниот метод и се фокусиравме на методи кои ќе дадат одговор на прашања врзани за решенијата на македонското позитивно право и судска практика. Последното од причина што сме на мислење дека само преку темелна теоретска анализа и анализа на судски пресуди може темелно да се проучи гаранцијата во македонскиот правен систем и да биде од корист за понатамошно истражување. Ваквата констатација ја базиравме на фактите со кои се соочивме од почетокот на истражувањето. Имено, со консултацијата на неколку теоретски аспекти, и анализа на неколку судски пресуди констатиравме дека ова поле има простор за потемелно истражување, особено ако се стави акцентот на судската практика во Република Македонија.

Неизоставувајќи ги специфичните аспекти на банкарската гаранција, проучувањето ќе биде во интерес како на банкарскиот, така и на бизнис секторот, правосудните органи кои постапуваат по односите помеѓу гарантот и доверителот, гарантот и должникот и должикот и доверителот. Во граници познати на нас, детерминирани од материјалот достапен за истражување, ќе истакнеме одредени економски ефекти на гаранцијата, без да навлегуваме во прашања кои не се во рамки на нашиот профил на образование.¹²

Во низата аргументи во прилог на темата што ја одбравме стои и

¹² Секое прашање од економски карактер што го елаборираме во текстот претставува поле за понатамошно научно истражување во контекст на економски профил на кадар.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

значењето на гаранцијата и банкарската гаранција како инструменти за зајакнување на правните дела од стопанството. Во насока на ова, гарантирањето за исполнување на обврските на друго лице е од круцијално значење за низа на сите трговски субјекти (*трговски друштва и трговци поединци*). Ова посебно доаѓа до израз во македонското стопанство кое суштествено се потпира на малите и средни бизнис потфати поддржани со гаранција од банкарскиот сектор.¹³ Се разбира кон експанзијата на гаранцијата и банкарската гаранција придонесе и експанзијата на отвореноста на пазарот на стоки и услуги ширум светот, присуството на меѓународни (*транснационални*) трансакции кои нужно ја наметнуваат потребата од зајакнување/обезбедување на побарувањата.¹⁴ Во прилог на ова битно е да се нагласи посебниот вид на гаранција во која гарантот ќе се појави како гарант платец и солидарниот концепт на одговорност што му дава простор на доверителот да избере од кој од должниците ќе се наплати. Ваквата концепција има голем придонес за претприемничкиот дух на трговците, истовремено и за интензитетот и динамиката во склучувањето на договорите од граѓански посебно комерцијален карактер.

Во контекст на потребата од анализа на договорот за гаранција и банкарска гаранција, од исклучително битно значење е големиот број на

¹³ Малите и средни трговски друштва се столб на македонската економија. Класифицирањето на трговските друштва се врши по основ на повеќе критериуми помеѓу кои е и бројот на вработените, обртот на средства на годишно ниво итн. Токму овие трговски друштва во секојдневните трансакции поради зајакнување на истите црпат логистика од банкарскиот сектор во најголема мерка. Ако се земе предвид фактот дека најголем дел од македонските трговски друштва се основаат како друштва со ограничена одговорност со основачки капитал од 5000 евра во денарска противвредност, јасно е од каде прозлегува опасноста и загриженоста на доверителите во поглед на наплатувањето на своите побарувања. Попрецизно, ЗТД, член 172/2, основната главнина **не може да биде помала од 5.000 ЕВРА во денарска противвредност, според средниот курс на таа валута којшто е објавен од Народната банка на Република Македонија на денот на уплатата**, освен ако основачите не се договориле тоа да биде денот на потпишувањето на договорот за друштвото, односно на изјавата за основање на друштвото. Износот на основната главнина мора да биде изразен со цел број којшто е делив со бројот сто. Види повеќе: Недков М., Беличанец Т., Право на друштва, книга втора, Скопје, Проект за деловно опкружување на УСАИД, 2008, стр. 74.

¹⁴ Scherer A.G., Palazzo G., Globalization, transnational corporations and the future of global governance, Handbook of Research on Global Corporate Citizenship. Cheltenham, UK, and Northampton, MA: Edward Elgar., 2008, p. 19.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

стечајни постапки кои се отворија во Република Македонија како резултат на нивната инсолветност, следствено и оштетувањата на необезбедените доверители со статус на стечајни доверители после отворањето на стечајната постапка.¹⁵

Ако кон сето ова се додаде влијанието на глобализацијата, либерализацијата на пазарот на стоки, бројните статусни промени на компаниите во меѓународен контекст, секојдневното влегување во облигациони односи со странски субјекти кои воопшто не се познаваат, лесно ќе се утврди нужноста од вклучување на инструмент за обезбедување, особено банкарската гаранција.

Влијанието на овој сектор посебно доаѓа до израз кога под одредени со закон утврдени услови врз некои од субјектите ќе се отвори стечајна постапка. Отворањето на стечајната постапка директно се одразува на повеќе субјекти кои се во должничко-доверителски однос. Гарантирањето за обврските на друг, во суштина може да претставува инструмент за превенција од отворање на стечајна постапка и тоа не само на главниот должник, туку и на доверителот истовремено, земајќи го предвид тесниот круг на трговци кои го сочинуваат бизнис секторот во Република Македонија. Следствено, посебно внимание ќе посветиме на ова прашање за што сметаме ќе биде во функција на разјаснувањето на одредени теоретски проблеми и практични дилеми.

Преку анализа на правните последици врз договорните страни од отворањето на стечајната постапка, ќе ги елаборираме позициите и правната заштита на гарантот, доверителот и должникот. Токму овој однос во деловната практика придонесува за комплексноста во решавањето на одредени прашања кои се наметнуваат под влијание на стечајот како материјално правен концепт.

Во низата прашања кои нужно треба да бидат предмет на анализа за да

¹⁵ Во Македонскиот правен систем стечај или реорганизација над стечајниот должник се спроведува кога стечајниот должник е неспособен за плаќање, односно му претстои идна неспособност за плаќање. Во Македонскиот правен систем должникот е неспособен за плаќање, ако во период од 45 дена од која било негова сметка, кај кој било носител на платниот промет, не е исплатен износот што требало да биде исплатен врз основа на важечките основи за плаќање, член 41/2 Закон за стечај („Службен весник на Република Македонија“ бр. 34/2006, 126/2006, 84/2007, 47/2011, 79/2013, 164/2013, 29/2014, 98/2015 и 192/2015, во понатамошниот текст ЗС).

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

се направи сеопфатна слика за гаранцијата, акцентот ќе биде на *одговорноста на гарантот како суштествен елемент кај договорот за гаранција*. Всушност, гаранцијата без разлика дали е општа или банкарска во својата основа ја има *одговорноста на гарантот за преземените обврските спрема доверителот*. Поинаку кажано, едно од најсуштествените прашања врзани за гарантирањето е одговорноста на гарантот за преземените обврски со прифаќањето на гаранцијата. Конкретно за ова прашање ќе се послужиме со повеќе судски пресуди, за што сметаме дека ќе послужат како практична надградба на теоретската анализа и ќе му даде посебна апликативна вредност на трудот. Иако насловот на магистерскиот труд не содржи банкарска гаранција, и сосема свесни дека станува збор за два различни правни институти, тргнувајќи од основната цел на гаранцијата и банкарската гаранција, во посебна глава ги анализиравме и елабориравме посебните специфики на банкарската гаранција.¹⁶ Ваквиот пристап во поглед на структурата на магистерскиот труд ни се наметна и од деловната и судска практика, на база на којашто констатиравме дека иако корените и генезата на институтот се во класичната гаранција како граѓанско правен институт, деловната и судската практика манифестираат доминација на банкарската гаранција и експанзија на проблемите на полето на банкарската гаранција. Следствено во самиот пристап на анализа пристапивме кон проучување на двата института, со акцентирање на посебните правни правила и специфики кои доминираат зависно од тоа за кој институт станува збор. Ни се чини дека ваквата концепција во најголем сегмент ќе придонесе кон зголемување на научната и струната димензија на истражувањето.

Конечно, независно од остварувањето на нашите хипотези, сметаме дека елаборирањето на судската практика и нејзино доведување во врска со теоретската и законска поставеноста на овој институт ќе претставува соодветен научен и стручен придонес кон научната и стручна јавност во делот на гаранцијата и банкарската гаранција. Во интерес на задоволување на нашите цели и објективните потреби на анализата, судската практика ќе ја

¹⁶ Bank guarantees in International trade, Nordea Trade Finance, 2010.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

презентираме во секој сегмент од проблематиката.

1. Предмет и цели на истражувањето во магистерскиот труд

Предмет на проучување на овој магистерски труд е договорот за гаранција и договорот за банкарска гаранција, со посебен акцент на *одговорноста на гарантот за преземените обврски спрема доверителите на главниот должник* низ призмата на теоријата со посебен акцент на судската практика.

Предмет на анализа и темелна елаборација ќе бидат спецификите на двата посебно уредени договори во ЗОО и тоа: *гаранција и банкарска гаранција, со акцент на одговорноста на гарантот*. Токму во интерес на последново прашање што е и главна тема на проучувањето ќе се послужиме со богатата судска практика низ призмата на основните и апелациските судови на територијата на Република Македонија.¹⁷

На самиот почеток од магистерскиот труд со фокус на теоретските аспекти на поимот, улогата на гаранцијата во сигурноста на правниот промет и значењето за македонското стопанство, ќе пристапиме кон анализа на поимот и правната природа на договорот за гаранција, основните постановки на гаранцијата и останатите специфики на овој институт.

Како воведна глава во која се обработува темата, пристапиме и кон анализа на корените, зародишот на институтот на гаранција, со прочување на општествено економската и идолошка оправданоста на гарантирањето како законска категорија (ЗОО).

Во овој сегмент од магистерскиот труд, укажуваме и на разликата помеѓу *преземањето на обврската за исполнување на облигацијата на друго лице*

¹⁷ Пресудите елаборирани во магистерскиот труд се преземени од официјалните страници на основните судови и четири Апелациони судови во Република Македонија. Анализата на пресудите е реализирана преку елаборација на клучните поенти од образложението на пресудите, со линк во прилог што на читателот му обезбедува пристап кон целиот текст на пресудите.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

(во случај кога последниот не го сторил тоа) и правната основа за исполнување на обврските од договорот склучен преку преземање на облигација во туѓо име и за туѓа смета и во свое име и за туѓа сметка.

Преку анализа на историските аспекти на гаранцијата, идејата ни е да го презентираме прогресот на овој институт и да ги истакнеме римските решенија и концепти со оглед на фактот што Римјаните ги создале првите концепти кои во најсовремените кодификации ја имаат својата оправданост. Во насока на ова, нашите становишта елаборирани во магистерскиот текст конвергираат со современата концепција на гаранцијата како облигационо правно средство за обезбедување на побарувањата.¹⁸

In concreto, со употреба на историскиот метод во оваа глава од истражувањето, авторот пристапува кон анализа на гаранцијата како посебен институт на договорното право за зајакнување на побарувањето на доверителот. Со цел да се пристапи кон анализа на правната природа на овој институт на договорното право, авторот споредично ги анализира (за потребите на проучувањето на гаранцијата и банкарската гаранција) ги проучува договорите кои спаѓаат во категоријата „посебни видови договори за зајакнување на побарувањата,“ помеѓу кои: договор за залог, договор за капар, договор за пишманлак, договор за капар како пишманлак.

Во оваа глава од магистерската теза, авторот ги проучува сите елементи на договорот за гаранција, доведувајќи ги во врска со останатите нему слични институти, и одредувајќи ги материјално правните аспекти на гаранцијата. Издвојувањето на оваа категорија на договори пред сè произлегува од

¹⁸ Голем дел од Римските категории се дел од современите решенија на законите во Европа. Во насока на ова, отстапувања постојат на теренот на застапувањето. Имено, историски анализирано долго време Римското право не го познаваше генералниот концепт на застапништвото (агентура). Генерално до крајот на XVII век и парцијално до крајот на XIX век, римскиот принцип „*alteri stipulari nemo potest*“ беше длабоко инкорпориран во правните системи кои своите концепти ги базираа на Римското право. Модерното civil law право како спротивставување на ситуацијата во Римското право на голема врата го имплементираше и развиваше институтот на застапништвото. Следствено и логично авторот во оваа глава пристапува кон ова прашање на разграничување на концептот на застапување и концептот на гаранција како обврска од акцесорна природа. Потребата да се разграничи ова произлегува од конкретни практични дилеми кои ги наметнува стопанството, иако теоретски и законски институтите имаат јасни карактеристики, права и обврски.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

опасноста одредена обврска да не биде извршена од страна на должникот. Како дополнување во прилог на оправданоста на овие договори стојат и потешкотиите во присилното извршување на договорите, како последна фаза за реализирање на содржината на договорот.

Договорот за гаранција е консензуален, *формален, двострано-обврзувачки, комулативен, каузален и служи како правен основ за зајакнување на побарувања*. Со оглед на функцијата како правен инструмент, договорот за гаранција потпаѓа под *посебен правен режим* кога станува збор за формата во која договорот треба да се склучи за да биде полноважен. Оттука, во почетокот на магистерската, авторот го проучува прашањето за формата на договорите како услов за полноважност.

Имено, според ЗОО *договорот за гаранција го обврзува гарантот само ако изјавата за гаранција ја направил писмено*. Во основа ова претставува законска обврска за прифаќање на понудата во писмена форма како услов за полноважност на договорот. Ова прашање е од исклучително значење со оглед на модернизацијата на правилата и практиките за прифаќање на акцептот на претходно поднесената понуда од страна на понудувачот.

Развојот на електронската комуникација, техника и ИТ технологија, нужно го наметна и ова прашање, па во рамки на оваа глава предмет на анализа ќе биде перфекцијата на договорот низ призмата на различните модуси на прифаќање, земајќи ја предвид и писмената форма како услов за полноважност. Ова прашања дополнително се наметна со оглед на фактот што македонскиот законодавец се одлучил да ја предвиди конструкцијата дека *„изјавата на гарантот мора да биде во писмена форма,“* па теоретски одредени автори го проблематизираат таквото решение во поглед на формата. Во делот што се однесува на формата на договорот ние ќе заземеме наше становиште и во основа истото ќе кореспондира со најголем дел од правната книжевност.

Во овој дел од тезата, авторот го анализа предметот на договорот, содржината, без темелно да навлегува во корпусот на правата и обврските кои што ќе бидат предмет на анализа во главите каде поединечно се анализираат

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

правата и обврските на договорните страни. Имено, предметот на договорот за гаранција ја сочинува содржината на договорот што подразбира право и обврски за договорните страни. Имено, со договорот за гаранција, се обврзува гарантот да ја исполни втасаната и полноважна обврска што нема да ја исполни главниот должник.

Во контекст на дефинирањето на предметот на договорот, се прави разлика и помеѓу *„предмет на договорот за гаранција“* и *„предмет на гарантирањето“*, следствено авторот во овој сегмент истакнува дека: *гаранција може да се даде за секоја полноважна обврска, без оглед на нејзината содржина.*

Предмет на гаранција може да биде и условна обврска, како и за определена идна обврска. Логично на овие две прашања, се пристапува и кон анализа на правните последици од пропаѓањето на идната или условната обврска, или прашањето за неможност на исполнувањето на обврската од страна на главниот должник и прашањето: *какви се правните реперкусии врз гарантот во случај на неможност на исполнување на обврската од страна на главниот должник?!* Ова прашање се анализира и во случај кога обврски за исполнување на облигацијата постојат и на двете страни, односно станува збор за двострано правно дело, па должникот исторемено е и доверител и *vice versa*.

Во структурата на првата глава од текстот свое битно место најде прашањето за *„способноста на гарантирањето“* и правните последици од повреда на овој услов за зајакнување на конкретна облигација. Покрај теоретски аспекти на ова прашање, во текстот ќе пристапиме и кон анализа на практичните искуства во делот на прашањето кој и под кои услови може да гарантира за обврските што имаат акцесорна природа и произлегуваат од претходно склученото правно дело.¹⁹

Способноста за гарантирање е во тесна врска со субјектите кои

¹⁹ Field Fisher Waterhouse, Enforcing against personal Guarantor, Triodos Bank N.V. v Dobbs [2005] All ER (D) 364., 2012.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

поседуваат целосна деловна способност.²⁰ Оттука, да се утврди дали едно лице има право да гарантира за обврската на друго лице, нужно е да се утврди дели тој е целосно деловно способен. Преку паралела на овие два института се анализира прашањето за способноста и се доведува во врска со практичните аспекти на прашањето за тоа *кој има способноста за гаранција?*

Во контекст на прашањето за способноста да се гарантира за исполнување на облигацијата, ќе се анализира и прашањето кои се правните последици во случај кога гарантот ќе гарантира за деловно неспособно лице. Иако законодавецот е јасен во овој дел и предвидува дека тој што ќе се обврзе како гарант за обврска на некое деловно неспособно лице, практиката генерира различни модалитети на фактички состојби што го комплицира и применувањето на соодветно материјално право.²¹

Конечно, акцентот во овој сегмент ќе биде на можноста да се даде гаранција за деловно неспособно лице, при што се доведува во прашање опстанокот на главниот договор чиешто исполнување гарантот го презел како обврска. Попрецизно, тука се наметнува прашањето *дали гарантот треба да гарантира за неисполнување од полноважно правно дело во кое деловно неспособно лице влегло во облигација?!*

Понатаму, водејќи се од структурата, содржината и целта на истражувањето, на крајот од првата глава насловена како „*Поим и правна природа на договорот за гаранција*“, ќе се анализираат и прашањата за суброгација кај договорот за гаранција, форми на гаранција, концептот на застареност кај договорот за гаранција. На овој начин, се заокружуваат сите прашања од општа природа врзани за настанокот на договорот за гаранција и основните специфики на истиот.²²

Со цел да се разбере суштината на гарантирањето и односите на овој

²⁰ Neil Levy, Guildhall Cham, Phillips J., Aspects of guarantee clauses and their drafting, London, 2009, p. 1-9.

²¹ Види: <http://www.garlandwaddington.com.au/Resources/LegalResources-16/Property,LeasingandConveyancing-148/BankGuaranteesandLeaseSecurity-171/>, [пристапено на 23 април, 2016 година].

²² Bennett H., Agency in the principle of European Contract Law and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, Uniform Law Review 11 Unif. L. Rev. n.s. (2006).

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

комплексен институт, во првата глава се анализираат посебните видови гаранции и тоа:

- *самостојно гарантирање,*
- *гарант за обештетување,*
- *гаранција за највисок износ,*
- *делумно гарантирање,*
- *согаранција,*
- *кредитно гарантирање,*
- *дополнително гарантирање,*
- *гарантов гарант,*
- *временско гарантирање,*
- *менично и чековно гарантирање,*
- *гаранција во стечајна постапка и*
- *постапка за порамнување.*

Овие посебни видови гаранции се плод на автономната трговска практика. Имено, истите настанале на одреден степен на развој на потребите на трговците кои ги наметнуваат во трговски трансакции.

На самиот крај, во оваа глава се анализира прашањето за генералниот концепт на застареноста и не/посебностите на застареноста кај договорот за гаранција.

Во втората глава од магистерската теза насловена како „Обврските на гарантот според македонското позитивно право,“ предмет на обработка се *гарантовите обврски преземени спрема доверителот на главниот должник*. Во овој дел од магистерската теза предмет на анализа се единствено обврските на гарантот. Водејќи се од базичниот принцип на граѓанското право: *принципот на корелација* и правна симбиоза на правата и обврските ќе се фокусираме само на обврските бидејќи тоа што претставува обврска за гарантот, истовремено преставува право за должникот.

Сепак, треба да се има предвид комплексноста на односот и учеството на тројца субјекти во него, па како резултат на тоа и потребата да се согледаат односите помеѓу страните во однос. Имено, односот помеѓу гарантот и

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

должникот нужно се рефлектира на правото и на обврската на доверителот во случај кога должникот од кои било причини нема да ја исполни обврската. Неисполнувањето на договорот односно повредата на обврските на гарантот го наметнува прашањето за неговата одговорност. Сепак, како исклучок кај гаранцијата одговорноста се наметнува како стожерно прашање и без повреда на обврските од страна на гарантот и тоа: *во кој обем гарантот одговара, кога се ослободува од одговорност, влијанието на застареноста и стечајот на главниот должник врз одговорноста итн.* Од овие причини одговорноста ја издвојуваме како фундаментално прашање за анализа и наслов на магистерскиот труд.

Помеѓу базичните обврски на главниот должник и како негово загарантирано право законот го предвидува правото гарантот кој му исплатил на доверителот негово побарување, може да бара од должникот да му го надомести сето тоа што го исплатил за негова сметка, како и каматата од денот на исплатата. Во контекст на ова прашање, посебно ќе се разгледува и прашањето за покривањето на трошоците, земајќи ја предвид и практиката и тоа не само судската, туку и договорната на теренот на материјалното право.

Прашањето за надоместот на побарувањето што гарантот го исплатил спрема доверителот на главниот должник се анализа и во случаите кога гарантот гарантира за должници кои се под режимот на солидарна одговорност. Со помош на судската практика во втората глава од магистерската теза, ќе се обидеме да ги анализираме правилата за одговорност во случај кога гарантот може да се намири солидарно од кој и да било од солидарните должници. Следствено на ова, се наметнува и прашањето за регресното побарување помеѓу главните должници (солидарни должници).

Едно од посуштествените прашања чии корени се во почитувањето на начелото на правна сигурност и обезбедувањето на побарувањето на гарантот спрема главниот должник е и прашањето за *„правото на гарантот на претходно обезбедување“*. На ова прашање посебно ќе се посветиме со оглед на фактот што обезбедувањето на гарантот само по себе се спротиставува на основите на гаранцијата како институт. Имено, целта не е да се доведе во

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

прашање обезбедувањето на побарувањето на гарантот, меѓутоа не е ниту да се даде комплетното обезбедување за побарувањето на гарантот. Оттука, ќе ја разработиме оправданоста на правото на гарантот на претходно обезбедување во интерес на начелото на правната сигурност во правниот промет.

Како логична целина на оваа анализа, на крајот на втората глава ќе пристапиме кон обработувањето на прашањето за обезбедување на побарувањето на гарантот во случај кога има статус на солидарен гарант. Овој институт на договорното право каде во најголем дел се применуваат општите правила на облигационото право, се базира на правото на гарантот да го наплати своето побарување од останатите солидарни должници. Иако теоретски, ваквата концепција е во духот на праведноста, правната сигурност, еквиваленција на заемните давања, практиката не кореспондира со ова.

Имено, искуствата покажуваат дека многу често во случај кога материјалното право гарантира одредено побарување или обезбедување на побарувањето, на теренот на процесното право не постојат можности за реализација на истото. Сепак, во овој дел од тезата ќе се обидеме на јасен начин да покажеме дека тоа се пропусти кои се однесуваат на граѓанското процесно право, односно извршувањето, па дилемите не треба да се отвараат на теренот на договорното право.

Во третата глава од магистерскиот труд ќе биде анализата на главното прашање што го поставивме во магистерскиот труд и тоа: *одговорноста на гарантот според македонското позитивно право*. Оваа глава е најбитната тема за чија цел беа поставени останатите глави и истите само ќе бидат во функција на прашањето за одговорноста на гарантот. Водејќи се од целта на истражување најголемиот дел од трудот е посветен на одговорноста и обемот на одговорност на гарантот. Се разбира ова прашање на најдобар начин може да се анализа доколку се земат во предвид односите помеѓу гарантот и доверителот, гарантот и должникот и главниот должник и доверителот.

Во оваа глава од магистерската фокусот е на видот, границите/обемот на одговорност на гарантот спрема должникот и доверителот. Односот помеѓу првиот и последниот се создаваат во случај кога должникот нема да ја исполни

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

својата облигација. Во овој контекст се анализира и прашањето за ослободување на гарантот поради доверителовото одложување или ослободувањето поради напуштање на границите.

Имено, ако доверителот го напушти залогот или некое друго право со кое било обезбедено исполнувањето на негово побарување или го загуби со свое невнимание и така го оневозможи преминувањето на тоа право врз гарантот, овој се ослободува од својата обврска спрема доверителот за онолку колку што би можел да добие со вршењето на тоа право.

Во оваа глава од магистерската теза, посебно ќе го разгледаме прашањето за правните последици од стечајот врз договорот за гаранција. Земајќи ги предвид правните последици од решението за отворањето на стечајната постапка и доведувајќи ги во врска со договорот за гаранција, посебно ќе го разгледаме прашањето за правните реперкусии врз договорот за гаранција кога во стечај ќе падне доверителот, главниот должник или гарантот. Посебно интересно од аспект на судската постапка е и прашањето за правните последици на порамнувањето врз договорот за гаранција.

Како дополнување ќе пристапиме кон анализа на обемот на обврските на гарантот *vis-à-vis* главниот должник. Обврската на гарантот не може да биде поголема од обврската на главниот должник, а ако е договорено да биде поголема таа се сведува на мерата на должниковата обврска. Гарантот одговара за исполнувањето на целата обврска за која гарантирал, ако неговата одговорност не е ограничена на некој нејзин дел или на друг начин е подложена на полесни услови.

Гарантот одговара и за секое зголемување на обврската што би настанало со задоцнување на должникот или по вина на должникот, доколку поинаку не е договорено. Тој одговара само за онаа договорена камата што стасала по склучувањето на договорот за гаранција. Бидејќи постои посебна глава којашто се однесува на банкарската гаранција, во овој сегмент ќе се фокусираме само на општите концепти на каматата и општото учење.

Следствено на ова прашање се наметнува прашањето за банкарската гаранција како посебна форма на гарантирање за обврските на главниот должник. Иако ЗОО предвидува посебни одредби кои се однесуваат на

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

банкарската гаранција, општите концепти кои се применуваат согласно општите правила се применуваат и во овој сегмент. Со банкарската гаранција банката се обврзува спрема примачот на гаранцијата (корисникот) дека во случај трето лице да не му ја исполни обврската во рокот на стасаноста, ќе му ја намири обврската ако бидат исполнети условите наведени во гаранцијата. И во рамки на банкарската гаранција законодавецот бил изречен во поглед на формата во која мора да биде склучен договорот за гаранција и тоа писмена. Решението е од императивна природа, така што секое поинакво решенија повлекува ништовност на договорот.

Посебен предмет на анализа кај банкарската гаранција ќе биде видот на гаранцијата којашто банката може да го даде за побарувањето на главниот должник спрема доверителот – намирување на обврска од гаранција во пари. Во овој сегмент предмет на обработка ќе биде и супергаранцијата во случај кога друга банка ќе ја потврди обврската од гаранцијата.

На крај, посебни случаи на гаранција без приговори во кои ако банкарската гаранција содржи клаузула „без приговор“, на „прв повик“ или содржи зборови што имаат исто значење, банката не може да ги истакнува спрема корисникот приговорите што налогодавецот како должник може да ги истакнува спрема корисникот по обезбедената обврска. Налогодавецот е должен да и го плати на банката секој износ што го платила банката врз основа на гаранција. Корисникот на гаранцијата му го должи на налогодавецот износот примен врз основа на гаранцијата на кој инаку не би имал право поради оправданите приговори на налогодавецот.

Предмет на истражувањето ќе се заокружи преку завршните согледувања на авторот каде што ќе бидат сумирани поединечните заклучоци од истражувањето и истите ќе се доведат во врска со крајната цел на истражувањето.

Идејата/целта на целокупното истражување е да се согледаат практичните импликации на законските решенија во делот на гарантирањето со фокус на одговорноста и посебно во делот на банкарското работење. Земајќи предвид дека банките најчесто работат на принципотот на „*take it or leave it*“, практиката нужно мора да води сметка за полноважноста на одредбите по кои

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

работи банката во делот на посебните и општите услови за работа и гарантирање на исполнувањето на облигацијата од третите лица.

Преку истражувањето во оваа проблематика ќе се позиционира судската практика во делот на исполнувањето на правата и обврските од договорот за гарантирање. Преку истражувањето спроведено во банкарскиот сектор ќе се осознае колку приватниот и потрошувачкиот сектор во република Македонија се повикуваат на гарантирање на исполнувањето на обврските спрема трети лица, од друга страна, помалот број на договорите за гаранција ќе укаже на самостојноста на приватните компании/независноста од банкарскиот сектор во секојдневните трансакции.

Последново претставува индикатор за сигурноста не само на теренот на правото, истовремено на теренот на економијата со оглед на фактот што помалиот број на договори за гаранција се индикатор за постабилна економија и *vice versa*.

Главната идеја во завршните согледувања е да се согледа обемот на одговорноста и можноста последната да биде ограничена или исклучена и тоа не само по сила на закон, туку и со слободна изјава на волја изразена преку спогодба помеѓу страните. Конечно, во завршните согледувања поединечно ќе се анализираат поставените хипотези и ќе се согледа можноста од креирање на посебна теза во делот на гарантирањето и договорот за гаранција како општ истовремено и како банкарски инструмент.

2. Методологија на истражувањето на магистерската теза

Методолошката рамка којашто е поставена во самата пријава на магистерсекиот труд е во целосна конвергенција со хипотезите, целите и очекуваните резултати на истражувањето. Попрецизно, методите кои се користат во истражувањето во ниту еден сегмент не отстапуваат од потребите на поставената скица во пријавата на истражувањето.

Со оглед на фактот што во трудот се појави потреба од статистички анализи, отсуствува методот на статистика и квантитативна анализа. Истражувањето се базира на квалитативно-аналитичка и дескриптивна анализа

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

со огромна логистика од образложенијата на судовите низ призмата на пресудите кои ни беа на располагање. За потребите на трудот беа користени повеќе од 30 пресуди од кои 12 се во оригинален текст цитирани во текстот во скратена верзија со цел непотребно да не се обременува текстот.

Во поставувањето на целта на истражувањето и структурата на проблематиката што е предмет на истражувањето се водевме од поставувањето на соодветна методолошка рамка којашто ќе нè доведе до релеватни податоци, оттука и издржани/реални резултати. *In concreto*, методолошката скица на истражувањето се базира на неколку методи кои сметавме дека ќе соодветствуваат на целта и научниот стимул на истражувањето: *нормативистичкиот метод на истражување, методот на индукција и дедукција, историскиот метод којшто ни беше во функција на осознавање на зародишот/корените на институтот и генезата на неговото усовршување кон потребите на стопанството*, аналитичко-дескриптивниот метод итн.

Нормативистичкиот пристап на анализа е во функција на проучување на законските решенија во делот на гаранцијата и банкарската гаранција. Со помош на овој метод и соодветна правна аргументација ќе го анализараме правниот режим на овој инструмент и ќе го доведеме во врска со потребите на стопанство и потрошувачкиот сектор.

Во анализата на проблематиката, движејќи се од поединечното кон општото во теоретски заклучоци, методите на индукција и дедукција треба да нè доведат во корелација со практиката и теоретските становишта за гарантирањето како *sui generis* институт на договорното право.

Квантитативните анализи кои се спорадични и во функција на извлекување на квалитативни заклучоци ги користиме единствено во делот на согледувањето на обемот и динамиката на договорите за гарантирање склучени во банкарскиот сектор како податок релеватен за актуелизација на правните аспекти на прашањето за гаранција, банкарска гаранција, т.е. одговорноста на гарантот спрема доверителите.

Хипотетска рамка на истражувањето:

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

- Договорите за гаранција доминираат во трговските трансакции помеѓу трговските субјекти;
- Гаранцијата на полето на трговските зделки најчесто претставува банкарска гаранција;
- банкарскиот сектор води ригорозна (заштитна) политика во делот на гарантирањето за обврските на третите лица;
- условите за гарантирање на исполнувањето на долгот на главниот должник од банкарскиот сектор се ригорозни;
- претходното обезбедување на побарувањето на банката спрема главниот должник е условено од обезбедувањето што го дава банката на доверителот спрема главниот должник;
- Остварувањето на банкарската гаранција е условена од полноможноста и доспеаноста на побарувањето;
- Сигурноста на приватниот (бизнис секторот) во најголема мерка се потпира на гаранцијата што произлегува од банкарскиот сектор;
- Банките бараат максимални обезбедувања од приватниот сектор што резултира со зголемувањето на бројот на договорите за факторинг и договорите за акредитиви во услови на глобализиран пазар на стоки и услуги;
- Во Република Македонија преку гаранцијата се наплаќаат најголем дел од трговските трансакции;
- Концептот на солидарна одговорност претставува „правичен“ концепт на одговорност, истовремено заштита на гарантот од позицијата на главниот должник.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

ПРВА ГЛАВА

I. ПОИМ И ПРАВНАТА ПРИРОДА НА ДОГОВОРОТ ЗА ГАРАНЦИЈА

1. Поим, улога и значење на гаранцијата и банкарската гаранција како финансиски инструмент

Во определувањето на поимот, улогата и значењето на гаранцијата и банкарската гаранција ќе користиме скоро идентични аргументи и противаргументи, со исклучок на спецификите кои ги наметнува банкарската гаранција како инструмент со слични правни ефекти, меѓутоа плод на банкарскиот сектор.²³

Како посебна специфика во контекст на банкарската гаранција и банкарскиот сектор, единствено ќе го акцентираме фактот дека станува збор за *двостранообврзувачко правно дело*, односно постоењето на противнадомест како еквивалент за извршената обврска (*услуга*) од страна на гарантот. Поинаку кажано, банкарската гаранција треба да се перцепира во контекст на банкарските производи, односно како составен дел на палетата производи кои ги нуди банкарскиот сектор како и *факторингот, лизингот, форфетингот, кредитот* итн.²⁴ Наспроти ова, општата гаранција најчесто претставува доброчино правно дело, каде во неформална смисла гарантот му прави услуга на должникот во интерес на трето лице со статус на доверител.²⁵ Овој концепт на гаранција ќе го проучуваме како класичен концепт на емство во Ц2Ц договорите.

При определувањето на поимот на гаранцијата и банкарската гаранција ќе се повикаме на дефинициите содржани во ЗОО, каде на самиот почеток на уредување на односите помеѓу договорните страни, законодавецот го определува *поимот на гаранцијата и банкарската гаранција*.

²³ Vukmir B., Miladin P., Bankarsko jamstvo na prvi poziv, Zagreb, 2006, стр. 238.

²⁴ Ваквото становиште е во целосна корелација со фактот дека банките работат за профит, односно дека отсуствува доброчиноста како елемент на гаранцијата која може да биде договорена со обврска само за едната договорно страна.

²⁵ Види повеќе за одговорноста во меѓународен контекст на:

<http://www.rhtgr.com/sites/all/libraries/pdf.js/web/viewer.html?file=http%3A%2F%2Fwww.rhtgr.com%2Fimages%2F%2FPreserving%2520the%2520liability%2520of%2520a%2520guarantor.pdf>,
[пристапено на: 27 април, 2016 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

При определувањето на поимот на гаранција законодавецот тргнува од определувањето на „*договор за гаранција*“, што не е случај кај банкарската гаранција каде законодавецот се определува за директно елаборирање на правата и обврските на договорните страни.²⁶ Од тие причини во овој сегмент ги користиме законските дефиниции на овие два института. Имено, со член 1036 од ЗОО предвидено е дека „со договорот за гаранција се обврзува гарантот спрема доверителот дека ќе ја исполни *полноважната и стасаната обврска на должникот*, ако тоа не го стори овој.“²⁷

И определувањето на банкарската гаранција во член 1122 од ЗОО каде е предвидено дека *со банкарската гаранција банката се обврзува спрема примачот на гаранцијата (корисникот) дека во случај трето лице да не му ја исполни обврската во рокот на стасаноста, ќе му ја намири обврската, ако бидат исполнети условите наведени во гаранцијата*.

Во дефиницијата којашто се однесува на банкарската гаранција, законодавецот воопшто не го споменува елементот на *противнадомест во форма на провизија во интерес на банката*, меѓутоа тргнувајќи од природата на банкарското работење неспорно е дека станува збор за двостранообврзувачко правно дело.²⁸

Дефиниции на поимот на гаранција и банкарска гаранција не се само во функција на определувањето на поимот на гарантирањето, туку даваат одговор и на прашањето за улогата, значењето и перспективите на гаранцијата и тоа: обезбедување на побарувањето на доверителот спрема главниот должник, во случај кога должникот паднал во задоцнување, односно не ја платил својата полноважна доспеана обврска.

Илустративно во насока на определувањето на поимот на гаранцијата,

²⁶ ЗОО, член 1122/1.

²⁷ При определувањето на конкретни поими, права и обврски за договорните страни ЗОО се користи со заменки во смисла „ако тоа не го стори овој.“ Иако начелно ваквото дефинирање може да придонесе кон одредени дилеми, системското познавање на законот во никој случај не може да придонесе кон недоразбирање на дефинициите за поимите и за правата и обврските. Види повеќе за ова: Кодификација на Македонското граѓанско и трговско право, Книга 3, Македонската Академија на науки и уметности (МАНУ), Скопје, 2008.

²⁸ Carter J.W., Phillips, J.C., The liability of debtors and guarantors under contracts discharged for breach, Faculty of Law, University of Sydney, November 1991 and the Centre for Commercial and Resources Law, Faculties of Law, The University of Western Australia and Murdoch University, July 1992.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

ќе се послужиме со практиката, елаборирајќи го моментот на доспеаноста и полноважноста на побарувањето на доверителот спрема главниот должник, преку што во основа се обработуваат и правата и обврските на договорните страни.

Од анализа на теоретската литература истовремено и практиката на полето на гаранцијата и банкарската гаранција констатиравме дека преку елаборирање на соодветни судски пресуди на најдобар начин може да се утврдат правата и обврските на договорните страни, истовремено да се констатира правната природа и спецификите на овие институти.

Во контекст на ова ја цитираме пресудата на Основен Суд во Штип ПЛ1-П-32/15 во заснован судски спор по предлог од тужителот Ш.Б.М АД, од Скопје, против тужените М.Д., Г.Д. и Б.М., сите од Штип, за долг, во вредност 198.868.00 денари,

Имено,

На 4.5.2011 година првотужениот М.Д. склучил договор со тужителот Ш.Б.М АД Скопје за користење на комисионен кредит под број 6748. Договорот ги уредил меѓусебните права и обврски на странките во врска со одобрените средства во форма на комисионен кредит со тоа што тужителот му одобрил користење на кредит на тужениот во износ од 184.506,00 денари да го отплати на 48 месеци, а заклучно со 4.5.2015 година, даден е и греис период од 12 месеци, договорената каматна стапка е 1% и истата е непроменлива. Согласно чл.4 од договорот првотужениот М. како корисник на кредитот изјавил и гарантира дека ќе ги исполни сите услови и по основ на самовработување му е одобрен кредит.

*Тој имал намера да основа трговско друштво со седиште во РМ, при што обезбедил 25% сопствено учество од износот на одобрените кредит **и има обезбедено гаранција од двајца жиранти, а тоа се второтужениот Г.Д. и третотужената Б.М. од Штип.***

Во функција на овој договор потпишал меница на

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

*вредност од 500,00 денари, **потврдена и од жирантите.***

*Кредитот не го враќал иако греис периодот поминал, како и периодот за враќање на кредитот, од тие причини тужителот врз основа на овој договор изготвил извод од заверени деловни книги од кредитна партија како веродостојна исправа и основ за поднесување на предлог за донесување решение со кое се дозволува извршување врз основа на веродостојна исправа, при што согласно е утврдена состојба на долг од 184.506,00 денари, законска казнена камата 11.218,00 денари и договорна камата од 3.144,00 денари, со состојба на 20.1.2015 година, или **свкупно е утврдено долгување на првотужениот солидарно со жирантите второ и трето тужените на износ од 198.868,00 денари.** Нотарот донел решение Упдр.бр.45/15 од 24.2.2015 година, на кое тужените вложиле приговор преку полномошник адвокат А.С.*

Од утврденото не е спорно дека тужителот по основ на договор за комисионен кредит побарува од тужените како солидарни должници износ од 198.868,00 денари. Не е спорно дека согласно чл.4 од договорот, чл.10 од Законот за облигационите односи тужените има обврска према тужителот за исплаќање на кредитот.

Со оглед на тоа приговорот на истите дека фирмата која е отворена со паричниот износ подигнат по основ на договорот наменски кредит има прекршочна санкција и дека постапката не е завршена, дека фирмата нема приходи, па не може да биде ни исполнет договорот, **не е основ да ја исклучи одговорноста на тужените према тужителот, затоа што кредитокорисникот М.Д., без разлика за намената се обврзал лично подигнатиот паричен износ иако наменски лично да го врати на тужителот, со потпишувањето на меничните изјави таквата обврска солидарно ја имаат и второ и трето тужените.**

Од овие причини судот оценил дека приговорот на тужените е неоснован, па одлучил како во изреката на пресудата со којашто ги повикува жирантите со статус на солидарни должници да го вратат побарувањето. Во

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

основа од самата пресуда на Основниот Суд во Штип произлегува и поимот на гаранцијата и концептот на солидарност во поглед на исполнувањето, односно гарантирањето на исполнувањето кон доверителот.

Како средство за зајакнување/обезбедување на побарувањето, теоретски договорот за гаранција не секогаш настанува во моментот кога е склучен и главниот договор. Ваквото елаборирање е резултат на теоретска анализа, односно **непостоење на законска пречка и теоретска забрана за склучување на договор за гаранција пред главниот договор**.²⁹ Имено, честопати се случува должникот сам да се доведе во врска со гарантот и му презентира на доверителот дека гарантот ќе одговара во случај на неисполнување на неговата обврска. Во основа првично настанува договорот за гаранција, а после настанува договорот по основ на којшто должникот му должи на доверителот.

И на полето на гаранцијата како граѓанско правно дело, облигацијата неформално настанува во моментот кога доверителот ќе побара од должникот да му обезбеди лице кое ќе гарантира за исполнувањето на облигацијата спрема него.³⁰ Сепак, тргнувајќи од **акцесорниот карактер** на облигацијата што настанува по основ на преземањето на обврска за гарантирање, јасно е дека најчесто договорите за гаранција се склучуваат во интерес на заштита на доверителите, после склучувањето на главниот договор, или паралелно со главниот договор. Ваквата практична концепција сосема логично произлегува од целта на гарантирањето во деловниот сектор и во потрошувачките договори, без разлика дали станува збор за гарант/жирант како физичко лице или како гарант/субјект со статус на трговец.

На деловната практика не и се непознати и случаите кога дополнително се склучува договор за гаранција, преку што се обезбедува побарувањето од главниот договор. Погоре во текстот истакнавме „теоретски“ од причина што договорот за гаранција како што елабориравме може да настане и пред да се

²⁹ Види повеќе: <http://www.lawsobusiness.com/2012/03/indemnity-and-guarantee-contract.html>, [пристапено на 12 април, 2016 година].

³⁰ Исклучок претставуваат ситуациите кога гарантот по основ на добродино правно однесување – давање услуга на должникот и го обезбедува побарувањето на доверителот.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

склучи главниот договор, што во практиката скоро да не постои како пример.³¹

Гаранцијата неспорно постои само ако постои главно побарување чие исполнување таа го обезбедува. Како генерално прифатена практика во интерес на страните е дека **судбината на гаранцијата е условена од судбината на побарувањето што ги има доверителот спрема главниот должник**, што е во тесна врска со акцесорната природа на договорот. Ваквата концепција и законско решение се рефлектира и на полето на полноможноста на правните дела, односно во случај да не е полноможно побарувањето што го има доверителот спрема главниот должник, непоможно/ништовно е и побарувањето, односно долгот што го има гарантот спрема доверителот.³²

Сумарно, долгот на главниот должник и гарантот спрема доверителот се во правна симбиоза. *Непостоењето на првиот најчесто автоматски придонесува за непостоење на вториот*. Истиот концепт се применува и во случај на обезбедување на побарување под одложен услов. Во случај да не се оствари условот за реализација на облигацијата од првиот однос, не постои облигација ниту помеѓу доверителот и гарантот. Како доказ за „взаемната егзистенција“ на побарувањето по основ на главниот долг и побарувањето од гаранцијата стои и фактот дека доверителот не може да го пренесе побарувањето од гарантот на трето лице, доколку претходно не го пренесе главното побарување, односно побарувањето што го има спрема главниот должник. Оттука, *судбината на побарувањето од гарантот ќе ја следи судбината на побарувањето од главиот должник*.³³

Паралелното егзистирање на побарувањата и обезбедувањето на главното побарување е доказ за големото економско и правно значење во

³¹ Во контекст на оваа теоријата истакнува пример кога пред да влезат во должничко доверителски односи, главниот должник се обврзува да го обезбеди својот доверител со гаранција од страна на трето лице, како повисок степен на сигурност на трансакцијата. Сепак, на мислење сме дека ова теоретска констатација повеќе може во практиката да се реализира отколку што ви ја прифатила и самата теорија. Имено, тргнувајќи од акцесорната природа на гаранцијата, како и фактот дека станува збор за спореден договор што обезбедува побарување од претходна трансакција, на мислење сме дека сè додека не постои основ да се обезбедува „нешто“, не може ниту да има обезбедување.

³² Види повеќе: Dixon and Evatt JJ, 380. See also Young v Queensland Trustees Ltd (1956) 99 CLR 560, 567.

³³ Muir, G. D., Stipulations for the Payment of Agreed Sums, 1985, p. 17.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

делот на обезбедувањето на сигурноста на овој институт. Токму од овој сегмент произлегува и значењето на гаранцијата како средство за зајакнување на побарувањето.³⁴ Поимот на гаранцијата е во тесна врска со карактеристики на гаранцијата како граѓанско правно дело и *vice versa*. Од овие причини на самиот почеток во главата што се однесува на правната природа и поимот на гаранцијата, пристапиме и кон анализа на карактеристиките на гаранцијата.

2. Карактеристики на договорот за гаранција како инструмент за обезбедувањето на побарување

Проучувањето на карактеристиките на договорот за гаранција игра суштествена улога во елаборирањето на одговорноста како основно прашање во нашиот магистерски труд и останатите специфики на овој граѓанско правен институт.³⁵ Проучувањето на карактеристиките на договорот за гаранција ја рефлектира правната природа на договорот и основните права и обврски за договорните страни. За таа цел посебна точка од магистерскиот труд посветивме на карактеристиките, како вовед во потемелото и полесно елаборирање на останатите прашања во делот на гаранцијата и банкарската гаранција.

Карактеристиките на секој договор вклучувајќи го и договорот за гаранција во основа ја поставуваат базата на правата и обврските на договорните страни. Следствено и елаборацијата на секоја посебна карактеристика одделно.

Договорот за гаранција е *едностранообврзувачки*,³⁶ *комутативен*, *личен*, *консензуален*, *апстрактен*, *формален*, *спореден*, *именуван (иноминатен)* договор. Карактеристиките на договорот за гаранција укажуваат на спецификите на овој облигационо правен инструмент. Како посебно битно

³⁴ Milinović A., Bankarska garancija, Beograd, 2009, стр. 9.

³⁵ Антић О.: Облигационо право, Београд, 2007.

³⁶ Иако доверителот спрема гарантот има повеќе обврски, истите произлегуваат од законот, па правната теорија сосема со право зазема становиште дека тука не станува збор за повеќестран договорен однос, со оглед на фактот што обврските на доверителот спрема гарантот се наметнуваат како законска обврска. Види повеќе за ова: Perović S., Stojanović D., Komentar zakona o obligacionim odnosima, Kragujevac, 1980, стр. 974.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

прашање во рамки на карактеристиките на договорот за гаранција го издвоивме прашањето за формата, што е посебно анализиран во магистерскиот труд. Ваквиот пристап го базираме на фактот дека гаранцијата е формално правно дело и дека истовремено игра суштествена улога во стабилноста и правната сигурност.³⁷

Во поглед на основните карактеристики на договорот за гаранција и банкарска гаранција истакнуваме:

1. Договорот за гаранција влегува во категоријата на договори што се *правен основ за обезбедување на побарување*;³⁸
2. Договорот за гаранција е *едностранообврзувачко правно дело* и по основ на овој договор гарантот има само обврски спрема доверителот, а нема права;
3. По основ на договорот за гаранција, гарантот може да има права спрема главниот должник, меѓутоа може да станува збор и за добродино правно дело;
4. Договорот за банкарска гаранција е *двостранообврзувачко правно дело* и за двете договорни страни произлегуваат права и обврски (*налогодавачот/главниот должник плаќа провизија, налогопримачот/банката се обврзува спрема корисникот на гаранцијата да го исполни долгот во случај главниот гарант да не го стори тоа*);
5. Договорот за банкарска гаранција е комутативен во смисла на постоењето на обврски на двете договорни страни и тоа: *провизија за извршената услуга на банката versus извршената услуга на гарантот*. Наспроти ова *комутативноста не е одлика на договорот за гаранција* во смисла на член 1036 од ЗОО, каде обврски произлегуваат само на страната на гарантот како спореден должник во однос на

³⁷ види: <http://www.bowman.co.za/news-blog/blog/the-contract-of-guarantee-in-south-african-law>,

³⁸ Во правната литература и во практиката овие видови на договори се квалификуваат како: договори што се правен основ за зајакнување на побарувањата и во рамки на ова категорија влегуваат уште и: *договорот за залог, договорот за капар, договорот за писманлак, договорот за капар како писманлак, договорот за договорна казна и договорот за банкарска гаранција како посебен вид на договоро за гаранција*. Види повеќе за ова, Галев Г., Дабовиќ-Анастасовска Ј., Облигационо право, Скопје, 2012, стр. 598-607.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

облигацијата со доверителот;

6. Консензуалноста на договорот за гаранција произлегува од фактот што договорот за гаранција е склучен во моментот кога договорните страни ќе постигнат *спогодба за суштествените состојки на договорот* (ЗОО, член 18);³⁹
7. Договорот за гаранција спаѓа во категоријата именувани договори, *надвор од договорите на автономната трговска практика* кои во правната теорија се квалификуваат како неименувани или (*иноминантни*) договори; Иако базата за настанување на овие договори претставуваа потребите на физичките субјекти и на стопанството, односно банкарскиот сектор со цел проширување на палетата на своите прозводи, законодавецот веднаш пристапил кон негово законско нормирање. Ако се земе предвид фактот дека гаранцијата и банкарската гаранција сами по себе наметнуваат поголема сигурност во уредувањето на правата и обврските, сосема јасно е зошто законодавецот пристапил инстатно кон уредување на овој институт, истовремено сосема оправдано;
8. Акцесорниот карактер на гаранцијата и банкарската гаранција е плод на фактот што гарантот е акцесорен должник и дека надвор од концептот на „*гарант-платец*,” тој е должен да ја плати сумата или да ја изврши обврската *само доколу тоа не го направи главниот должник*.
9. Формализмот кај договорот за гаранција е рефлексивна на правната сигурност и потреба *писмено да се дефинираат правата и обврските на гарантот и доверителот*.⁴⁰

Во уредувањето на односите на гарантот спрема доверителот и гарантот спрема главниот должник, од исклучително битно значење е да се елаборира прашањето за *формата на договорот за гаранција*. Со оглед на фактот што со договорот за гаранција гарантот се обврзува спрема доверителот, јасно е

³⁹ Договорот настанува во моментот кога страните постигнале согласност на волја за суштествените елементи на договорот (ЗОО, член 18).

⁴⁰ Иако овој дел се однесува на гаранцијата, а не на банкарската гаранција, истражувањето покажа дека целисходно е паралелното елаборирање на карактеристиките, и цел појасно да се согледаат разликите и сличностите на овие два посебни граѓанско правни институти.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

дека формата што треба да биде анализирана *in concreto*, се однесува на прашањето за формализмот во односите помеѓу доверителот и гарантот и *vice versa*. Со оглед на конструкцијата на решението од ЗОО во делот на формата и бројните судски спорови, посебната анализа на ова прашање е во функција на елаборирање на повеќе аспекти на гаранцијата, вклучувајќи ја и формата како механизам за обезбедување на поголема сигурност во правниот промет на стоките и услугите.

10. Форма на гаранцијата како правна работа за обезбедување на побарувањето

Прашањето за формата на договорите е од исклучително битно значење во поглед на дефинирањето на правата и обврските и поимот на договорите воопшто. Формата е битна и од аспект на докажувањето на настанувањето на договорите, така и од аспект на обезбедувањето на полноважноста на договорите.⁴¹ Последново се однесува на случаите кога законодавецот точно определената форма ја предвидува како услов за полноважност на договорот, или кога одредена форма е предвидена како механизам за последно докажување на склучувањето на договорите (*ad probationem* или *ad solemnitatem*). Во случај кога законот предвидува точно определена форма за склучување на одреден договор, формата е еден од условите кои се бараат за договорот да биде полноважен.

Покрај со закон, формалниот карактер на одредено правно дело може да биде предвиден и со договор. Имено, според член 61 од ЗОО, договорните страни можат да се спогодат посебната форма да биде услов за полноважноста на нивниот договор. Сепак, договорот за чие склучување е

⁴¹ Von Bar C., Clive E., Schulte-Nölke H. (editors): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, 2008, p. 87.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

договорена посебна форма може да биде раскинат, дополнет или на друг начин изменет и со неформална спогодба (ЗОО, член 61/2).⁴²

На полето на договорното право⁴³ доминира диспозитивниот карактер на решенијата содржани во ЗОО. Ваквиот концепт е во целосна конвергенција со масовниот и брз промет на стоки и услуги, односно со прометот на стоки и услуги помеѓу странски субјекти.⁴⁴

Деловната практика содржи поинакво становиште и принципи на работа. Ова посебно кај договорите кои што настануваат во Б2Ц договорите каде една од договорните страни секогаш е физичко лице. Поинаквата деловна практика е само уште потврда дека формата обезбедува правна сигурност, и дека независно од законските решенија, страните во практиката предвидуваат договорна форма како услов за полноважност.

Не/формализмот во контекст на сите договори претставува суштествена одлика на договорите воопшто,⁴⁵ и при елаборацијата на кој било од институтите на договорното право во контекст на формата, правната литература и практика посветува посебно внимание. Неформализмот особено доминира кај трговските договори каде масовноста и брзината на прометот на стоки и услуги природно го наметнува исклучувањето на формата како битен елемент, односно условувањето на полноважноста на договорот преку предидување на законски определена форма на договорот.⁴⁶

⁴² Договорот кој не е склучен во пропишаната форма нема правно дејство доколку од целта на прописот со кој е определена формата не произлегува нешто друго. Договорот кој не е склучен во договорената форма нема правно дејство доколку странките ја условиле полноважноста на договорот со посебната форма (ЗОО, член 62/1/2).

⁴³ Kraus J. S., *Philosophy of Contract law*, The University of Pennsylvania Law School, p. 688-750.

⁴⁴ Формалните договори можат да бидат раскинати со неформална спогодба, освен ако за определениот случај со закон е предвидено нешто друго или ако целта поради која е пропишана формата за склучување на договорот бара раскинувањето на договорот да биде извршено во истата форма (ЗОО, член 60, *раскинување на формалните договори*).

⁴⁵ Тргувајќи од комплексноста на правните дела на договорното право, законодавецот поединечно ги предвидува одредени правни дела во форма *ad solemnitatem*, или *ad probationem*.

⁴⁶ Во контекст на ова сепак не треба да се заборави фактот дека трговските договори иако многу ретко формата ја предвидуваа како услов за полноважност, факт е дека во практиката состојбата е поинаква, односно дека во реализацијата на бројните и различни трговски трансакции постојат други инструменти со кои се докажува настанатата облигација. Во контекст на ова е акредитивот како средство за плаќање во меѓународниот промет, меницата

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Разграничувањето на формалните од неформалните договори се базира на критериумите: *дали законодавецот за конкретно правно дело предвидува точно определена форма како услов за полноважност на правното дело*. Поинаку презентирано, дали законодавецот оставил простор договорните страни да ја изберат формата во којашто ќе ги преземат правата и обврските, или во законот е предвидена конкретна форма како услов за полноважност. Зависно од ова, договорите се делат на формални и неформални.

По основ на ова теоретска елаборација, секој договор има форма. Овој факт изрично произлегува и од член 59 од ЗОО каде е предвиден општиот концепт на *неформалност на договорите*. Преку овој концепт предвиден во член 59, законодавецот воспоставува принцип на *неформализам* во корист на слободниот, масовниот и брз промет на стоки и услуги. Се разбира неформалноста на договорите се отелотворува до границите на императивниот поредок на секој правен систем.⁴⁷ Во насока на ова, *договорот може да биде склучен во било која форма, освен ако со закон поинаку не е определено*. Барањето на законот договорот да биде склучен во определена форма важи и за сите подоцнежни измени или дополнувања на договорот (ЗОО, член 59/2). Секое поинакво постапување повлекува ништовност на договорот, односно на дополнителните измени или дополнувања. Се разбира и во овој сегмент примена наоѓа член 65 од ЗОО, во случај кога претежниот дел од содржината на облигацијата е исполнета.

Ваквото законско решение е во целосна конвергенција со посебните одредби кај договорот за гаранција (ЗОО, член 1037). Од ваквото решение содржано во *lex specialis* одредбите кои се однесуваат на гаранцијата, јасно е дека станува збор за формален договор, на што може да се применат општите одредби *lex generalis*. На овој начин јасна е примената на член 59/2/3/4 во

како средство за обезбедување на побарувањето, коносманот како стокова хартија од вредност, товарниот лист како доказ дека е склучен договорот за превоз, складишницата како доказ дека стоката е во фактичка власт (детенција) на скалдиштарот.

⁴⁷ Границата на императивниот поредок ја рефлектира забраната што е предвидена во Уставот, законот и добрите обичаи. На полето на облигационото право, во смисла на член 3, Учесниците во прометот слободно ги уредуваат облигационите односи во согласност со **Уставот, законите и добрите обичаи**. Следствено и границата границата на императивниот во однос на диспозитивниот поредок како простор за поинакво уредување на односите на договорните страни.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

случај кога страните ќе постапат согласно овој член. Оттука, дополнителните измени и дополнувања во договорот за гаранција мора да бидат реализирани во писмена форма. Попрецизно, писмената изјава од страна на гарантот дека ја прифаќа обврската да му гарантира на доверителот за исполнувањето на побарувањето спрема главниот должник, подлежи на измена или дополнување исклучиво во писмена форма.

И на полето на договорот за гаранција, примена наоѓа решението од член 59/3 од ЗОО каде е предвидено дека полноважни се подоцнежните усни дополнувања за споредните точки за кои во формалниот договор не е речено ништо, доколку тоа не и е спротивно на целта заради која е пропишана формата. Оттука, споредените точки од договорот за гаранција може дополнително да се допрецизираа и преку усна форма.⁴⁸

Писмената форма кај договорот за произлегува од комплексноста на облигацијата и потребата да се обезбеди сигурноста за правата и обврските на договорните страни. Од аспект на формата во контекст на гаранцијата, битно е да се протолкува законското решение од општото учење според кое *полноважни се и подоцнежните усни спогодби* со кои се намалуваат или олеснуваат обврските на едната или другата страна, ако посебната форма е пропишана само во интерес на договорните страни (ЗОО, член 59/4). Преку предвидувањето на ова законско решение, интенцијата на законодавецот била да олесни правниот промет, односно да се редуцира формализмот со случај кога договорните страни се согласни за тоа.

Во контекст на оваа проблематика од битно значење е да се потенцира примена на член 65 од ЗОО во случај кога *договорот за гаранција не е склучен во писмена форма, односно кога изјавата од страна на гарантот не е дадена во писмена форма*. Во насока на ова е решението од член 65 од ЗОО каде е предвидено дека договорот за чие склучување се бара писмена форма

⁴⁸ Што претставува споредна точка во уредувањето на односите кај договорот за гаранција претставува фактичко прашање. Зависно од природата и спецификите на договорот за гаранција *in concreto*, судот ќе цени дали станува збор за споредни точки за кои договорните страни дополнително во усна форма се договориле, или станува збор за точки кои мора да бидат дел од писмената форма на договорање. Се разбира во контекст на ова битна е претходно поставената деловна практика и намерата на странките во врска со конкретното оспорено право.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

се смета за полноважен, *иако не е склучен во таа форма ако договорните страни ги извршиле, во целост или во поголем дел, обврските што настануваат од него*, освен ако од целта поради која е пропишана формата очигледно не произлегува нешто друго.

Извршувањето на обврските во целост или во поголем дел на полето на гаранцијата подразбира основа за конвалидирање на ништовноста во случај кога гарантот го платил долгот на главниот должник, или во случај на банкарска гаранција во случај кога долгот е платен, а главниот должник ја платил провизијата на банката.

На полето на договорното право формализмот претставува исклучок во случај кога законодавецот проценил дека од суштествено значење е да се формализира склучувањето во интерес на правната сигурност и безбедност на трансакциите. Оттука, за точно одредени правни дела ЗОО изрично ја нагласува писмената форма како *ad solemnitatem*, односно како услов за полноважност на договорот. Во насока на ова е решението од член 1037 каде е предвидено дека *договорот за гаранција го обврзува гарантот само ако изјавата за гаранција ја направил писмено*.

Во случај на непочитување на членот 1037 од ЗОО и склучување на договор за гаранција во друга (надвор од законски предвидената писмена форма) форма, применливост наоѓа решението од член 62 од општото учење на облигациите каде се предидени „санкција на недостиг на потребната форма“. Во насока на ова: *договорот кој не е склучен во пропишаната форма нема правно дејство доколку од целта на прописот со кој е определена формата не произлегува нешто друго*. И решението од ставот 2 на член 62 каде е предвидено дека договорот кој не е склучен во договорената форма нема правно дејство доколку странките ја условиле полноважноста на договорот со посебната форма.⁴⁹

⁴⁹ Зависно од тоа дали законот предвидува строго одредена форма за одредено правно дело, или не, во правната теорија е направена класификацијата на формални и неформални договори. Во контекст на ова истакнуваме дека договорот за гаранција е формален договор и дека формата како услов за полноважност на договорот може да се предвиди и со разбирање помеѓу договорните страни.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Во контекст на прашањето за формата на гаранцијата примена наоѓаат општите правила во делот на општите одредби и тоа член 60 што го предвидува „*раскинувањето на формалните договори*.“ Со оглед на фактот што и гаранцијата претставува формален договор, сосема е оправдано неформалното раскинување на договорот за гаранција под одредени услови. Имено, формалните договори можат да бидат раскинати со неформална спогодба, освен ако за определениот случај со закон е предвидено нешто друго или ако целта поради која е пропишана формата за склучување на договорот бара раскинувањето на договорот да биде извршено во истата форма (ЗОО, член 60).

10. Предмет на гарантирањето кај договорот за гаранција

Предметот на гарантирањето претставува исполнување на содржината на облигацијата настаната по основ на издадената гаранција. Гарантирањето претставува правна работа по основ на што налогопримачот (*гарантот*) се обврзува спрема трето лице (*доверител на главниот должник*) дека во случај последниот (*главниот должник*) да не му ја исполни обврските, тој (*гарантот*) ќе ја исполни.⁵⁰

Комплексноста на предметот на гаранцијата произлегува од фактот што станува збор за *правната работа чијашто содржина на настанатата облигација* се рефлектира врз интересите на најмалку тројца субјекти и тоа: *главен должник, гарант и доверител*.⁵¹ Тргувајќи од општите одредби содржани во ЗОО, предмет на договорот како основ за настанување на облигацијата (*договорот како правен факт*)⁵² се состои во *давање*,

⁵⁰ Popović M., Poslovi banaka sa garancijama na primeru Banke Intesa, Univerzitet Singidunum poslovní facultet, 2005, стр. 11.

⁵¹ Blum B. A., Contracts, 2001, стр. 103.

⁵² Во контекст на ова е решението од член 17-б од ЗОО каде се предвидени правните факти како основ за настанување на обврските. Попрецизно, обврските настануваат со договор, причинување штета, стекнување без основ, работороводство без налог, јавно ветување награда, издавање хартии од вредност и други случаи предвидени со закон.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

*сторување, несторување и трпење.*⁵³

На полето на гарантирањето, зависно од тоа дали станува збор за *гаранција во смисла на член 1036 од ЗОО или банкарска гаранција*, обврските произлегуваат како обврски за едната страна (*даровно правно дело*) или како обврските за двете договорни страни (*товарно правно дело*).⁵⁴ Во суштина *давањето, сторување, несторување или трпењето* ја претставува облигацијата што страните ја имаат помеѓу себе на база на правната симбиоза во која се наоѓаат по основ на договорот. Кај гарантирањето тоа е облигацијата којашто настанува помеѓу *главниот должник и гарантот* во интерес на третото лице кому треба да се исполни содржината на облигацијата.

Предмет на гарантирањето во смисла на член 1040 од ЗОО може да биде само полноважна обврска, без оглед на нејзината содржина.⁵⁵ Од аспект на содржината на гаранцијата во правната теорија застапени се повеќе становиште во поглед на прашањето *дали може да се гарантира за лична облигација?!*

Со повеќе или помалку успех во правната литература доминира становиштето дека нема пречка предмет на гаранција да биде и лична облигација, при што во случај на неисполнување на обврската на главниот должник, гарантот има обврска да ја исполни облигацијата во форма на надоместување на штета. Ваквата концепција кореспондира со сфаќањето дека гаранцијата претставува еден вид на обештетување на побарувањето на доверителот од страна на гарантот, во случај кога тоа не го направил главниот

⁵³ Полноважноста на предметот на договорот е *condition sine qua non* за настанок на облигацијата помеѓу договорните страни. Во контекст на договорот за гаранција битно е да се истакне дека предметот на гаранцијата мора да биде полноважен, следствено и гарантирањето да биде полноважно. Види повеќе за предметот на договорите, содржината на облигацијата кај: Stojčević D., Rimsko obligaciono pravo, Beograd, 1960, стр. 20.

⁵⁴ Ваквата класификација ја базираме на практичните збиднувања на полето на гарантирањето. Теоретски па дури и во практиката како исклучок не мора да значи дека гаранција не може да биде товарно правно дело, како што тоа секогаш е кога станува збор за банкарска гаранција.

⁵⁵ При утврдувањето на предметот на гаранција нема да навлегуваме во општите поими предвидени во општите одредби, само спорадично ќе истакнеме дека ќе ги истакнеме условите за полноважноста на договорот воопшто и истите ќе ги доведеме во релација со решенијата од посебните одредби за гаранција, особно во делот на гарантирањето за „деловно неспособен субјект.“ Низ призмата на законското решение: услов за полноважноста на договорот е договорната обврска да биде возможна, дозволена, определена и определлива (ЗОО, член 38/2). Во поглед на правните санкции, кога предметот на обврската е невозможен, недозволен, неопределен или неопределив, договорот е ништовен (ЗОО, член 39).

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

должник.⁵⁶

Законодавецот не забранува гарантирање за исполнување на непарична облигација, иако во правниот промет гарантирањето најчесто се врзува за исполнувањето на паричните облигации.⁵⁷

Ова прашање го елаборираме во теоретско правна смисла. Од аспект на практиката ова прашање воопшто не е предмет на дискусија. Во практиката предмет на дискусија многу ретко е и прашањето за обезбедувањето на *непарично побарување* по основ на гарантирање. Имено, кога станува збор за банкарска гаранција, обезбедувањето се состои во паричен надомест. Надвор од банкарската гаранција предмет на обезбедување може да биде и непаричното побарување.⁵⁸

Предмет на гарантирањето може да биде условна обврска како и определена идна обврска. Ваквото законско решение произлегува од фактот што договарањето на условната обврска е полноважно правно во смисла на ЗОО надвор од гаранцијата, односно по основ на *конкретно правно дело*.⁵⁹ Предмет на гарантирање може да биде и идна обврска чие настанување е врзано со протек на одреден временски период (*модифицирање на правното дело преку предвидување на конкретен рок за извршување на обврската*). Во основа *карактерот на предметот на гарантирањето е условен од карактерот на предметот на главниот договор*.

Сепак побарувањето по основ на гаранцијата може да се договори за пократок рок и под олеснителни околности во однос на побарувањето што го има доверителот спрема главниот должник. Во практиката не може да постои побарување по основ на гаранција во отсуство на побарувањето по основ на главниот договор, меѓутоа може да престане побарувањето по основ на гаранција, пред да престане побарувањето по основ на главниот договор чии исполнување се обезбедува. Гаранцијата за идна обврска може да се отповика

⁵⁶ Milinović A., Bankarska garancija, Stručni radovi sudskih savjetnika, 2015, стр. 6.

⁵⁷ Кога станува збор за банкарска гаранција обезбедувањето секогаш се однесува на парично побарување.

⁵⁸ Gorenc V., о. с. и билj. br. 13. стр. 1602.

⁵⁹ Условната обврска е плод на модификацијата на правните дела и во основа го претставува условувањето на настанувањето на обврската во случај да настане или не настане одреден услов.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

пред да настане обврската, ако не е предвиден рокот во кој таа треба да настане (ЗОО, член 1040/3).⁶⁰

Со ваквото законско решение законодавецот ја осигурил позицијата на гарантот во смисла на бесконечна неизвесност во поглед на прашањето: *до кога гарантот е обврзан спрема доверителот за неисполнувањето на обврската на главниот должник*. Ваквото решение е сосема логично со оглед на фактот што гарантот не смее да се доведе во позиција на „*неизвесна временска облигација*“ спрема доверителот.

Ни се чини дека решението треба да се модифицира со оглед на фактот што толкувајќи *argumentum a contrario* на постојното законско решение, гарантот може да ја отповика гаранцијата само до моментот на настанувањето на обврската. Следствено, доколку обврската е настаната, гарантот нема право да ја отповика гаранцијата иако рокот е неодреден и тој факт го става во незавидна позиција. Сепак ова наметнува повеќе теоретски прашања што излегуваат надвор до фокусот на магистерскиот труд, оттука во тоа нема да навлегуваме.⁶¹

Во поглед на прашањето за предметот на гарантирање, правната теорија елаборира, а законот не забранува да се договори гаранција за помал износ од побарувањето кое произлегува од главниот договор. Ваквото решение е во целосна корелација со решението за делумно обезбедување на побарувањето на доверителот спрема главниот должник и со оглед на фактот што секогаш на доверителот му е позната содржината на гарантирањето.⁶²

Предметот на договорот за гаранција е во тесна врска со определувањето на прашањето за правната природа на договорните страни и обврските коишто произлегуваат од гаранцијата како облигација.⁶³ Во насока на детерминирање на правата и обврските и разјаснување на предметот е

⁶⁰ MacMillan C., Stone R., Elements of the law of contract, Queen Mary, University of London, 2015, p. 34.

⁶¹ Види повеќе за моментот на настанувањето на облигацијата во смисла на ЗОО кај: Тушевска Б., Меѓународно правни аспекти на понудата, Скопје, 2008, стр. 48.

⁶² Perović S., Stojanović D., op.cit., стр. 976.

⁶³ Правната природа на договорот за гаранција ќе ја елаборираме преку анализа на правата и обврските кои настануваат помеѓу договорните страни при реализирањето на обврската од гаранцијата.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

пресудата на Основен Суд Скопје 2 Скопје од 26.1.2012, бр. 9 П1-623/11, преку која ни се чини на најилустративен начин ќе го презентираме предметот на договорот за гаранција, разграничувањето од други слични институти и имплементацијата на соодветното материјално правно.⁶⁴

На 15.2.2008 година бил склучен договор за заем помеѓу тужителот Б. Ј. како работодавец и тужениот И. Н. како заемопримач. Предмет на договорот е заем во износ од ... евра, така што работодавецот му го дал на користење паричниот износ на заемопримачот кој се обврзал во целосен износ да го врати заемот во договорениот рок на враќање на 15.2.2009 година. Договорот го потпишале тужителот и тужениот како договорни страни, така да тужителот се потпишал како работодавач, а тужениот како заемопримач.

На 15.2.2008 година бил склучен договор за заем помеѓу тужениот И. Н. како работодавац и сведокот А. В. како заемопримач. Предмет на договорот е заем во износ од ... евра, така што работодавачот му го дал на користење паричниот износ на заемопримачот кој се обврзал во целосен износ да го врати заемот во договорениот рок на враќање на 15.2.2009 година. Договорот го потпишале тужениот и сведокот А. како договорни страни, така да во тој договор тужениот се потпишал како работодавач, а сведокот А. како заемопримач.

Исто така, на 15.2.2008 година бил склучен договор за заем помеѓу тужителот Б. Ј. како работодавац и сведокот А. В. како заемопримач. Предмет на договорот е заем во износ од ... евра, така што работодавачот му го дал на користење паричниот износ на заемопримачот кој се обврзал во целосен износ да го врати заемот во договорениот рок на враќање на 15.02.2009 година. Договорот го потпишале тужениот и

⁶⁴ Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://www.osskopje2.mk/Odluki.aspx?odluka=2249>, [пристапено на: 12.12.2015 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

сведокот А. како договорни страни, така да во тој договор тужителот се потпишал како заемодавач, а сведокот А. како заемопримач.

Тужениот и покрај преземената договорна обврска, не му го вратил на тужителот заемот во износ од ... евра согласно склучениот писмен договор, како и сведокот А. В. согласно склучениот писмен договор на тужителот не му го вратил заемот во износ од ... евра, но овие ... евра не се предмет на тужбеното барање.

Судот при одлучувањето го ценел исказот на сведокот А. В. и исказот на тужениот И. Н. сослушан во својство на странка, при што на наведените докази не им поклони верба со оглед на фактот дека во конкретниот случај постојат писмени докази, договори за заем склучени и потпишани од страна на договорните страни. На одговорот на тужениот сведокот дека станува збор за гаранција којашто ја дал тужителот Судот истакна:

Од содржината на договорите може јасно да се утврди дека станува збор за договор за заем, а не како што тврдат сведокот и тужениот дека се работи за договорен однос во форма на гаранција за должничко доверителски однос.

Во одредбите од Законот за облигационите односи точно е определена формата, елементите и содржината на договорите, како и на договорот за гаранција, така што во конкретниот случај склучените договори се договори за заем, а не договори за гаранција. Имено, според чл.1036 од ЗОО, со договорот за гаранција се обврзува гарантот спрема доверителот дека ќе ја исполни полномолната и стасана обврска на должникот, ако тоа не го стори овој. Согласно чл.1037 од ЗОО, договорот за гаранција го обврзува гарантот само ако изјавата за гаранција ја направил писмено. Тужениот и тужителот не склучиле договор за гаранција во смисла на цитираната законска одредба. Помеѓу тужителот и тужениот постои договорен однос за заем.

Елаборирајќи го предметот на гарантирањето во смисла на националната легислатива, од исклучително битно значење е да се истакне дека ЗОО ја предвидува и можноста за гарантирање на обврските за гарантот,

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

или познато како концептот на „*гарантов гарант*.“ Имено, согласно законското решение од член 1040/4, гаранција може да се даде и за обврска на некој друг гарант (*гарантов гарант*).

Попрецизно, гарантовиот гарант се обврзува спрема доверителот дека во случај гарантот да не ја исполни обврската спрема него, тој (*гарантовиот гарант*) ќе ја исполни обврската наместо гарантот. Ваквиот концепт на гаранција придонесува кон двојно зацврстување на побарувањето што го има *главниот должник спрема доверителот*. Иако теоретски и законски станува збор за познат концепт, во практиката ваквото обезбедување најчесто не се практикува.⁶⁵ Во случај кога се јавува потреба од двојно обезбедување за осигурување на трансакцијата, практиката користи и меница како средство за обезбедување на побарувањето. Во насока на ова е и погоре цитираната пресуда XXI П. бр. 4209/08 на Основен Суд Скопје II Скопје.

5. Способност за гарантирање за обврските на главниот должник

Во проучувањето на способноста за гарантирање за обврските на главниот должник, како и воопшто на правата и обврските на договорните страни, од исклучително битно значење е да се анализа решението од ЗОО што се однесува на прашањето за *способноста за гарантирање за обврските на главниот должник*. Следствено, иако гаранцијата по налог на едно лице се издава во интерес на трето лице (*доверител во односот со главниот должник чие исполнување банката/трето лице гарантот, го гарантира*), прашањето за способноста се однесува на гарантот како субјект којшто ја презема обврската да ја изврши обврската спрема доверителот, во случај главниот должник да не го направи тоа.⁶⁶

Способноста да се гарантира за обврските на главниот должник е во релација со способноста да се влезе во облигација, односно како општ граѓански концепт на „*способност да се биде страна во договорот*.“ Со *lex*

⁶⁵ De Colyar, Nature and essentials of the contract of guarantee, London, 1999, p. 80.

⁶⁶ Види: http://www.aktivasistem.com/assets/documents/387f9c-Menica_kao_instrument_090320.htm, [пристапено на 23 март, 2016 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

specialis решението од член 1038 од ЗОО, исклучена е можност за обврските на главниот должник да гарантира лице што има делумна деловна способност.⁶⁷ Поинаку кажано, според законското решение со *договор за гаранција може да се обврзе само оној кој има целосна деловна способност* (ЗОО, 1038). Следствено гарант може да биде само лице со над 18 години кое што има општа и потполна деловна способност.⁶⁸

Од друга страна во поглед на способноста на гарантирањето, од исклучително битно значење е да се нагласи решението од член 1039 од ЗОО, каде е предвидено дека во случај на гарантирање за обврска на деловно неспособно лице, се смета дека гарантот се обврзал за обврска на деловно способно лице.

На база на ваквото решение произлегува дека полноважно правно е гарантирањето за обврска на деловно неспособно лице, при што се поставува прашањето: *како може полноважно да се гарантира за побарување кое произлегува од неполноважно правно дело?! Имено, ако се тргне од решението на член 1040/1 од ЗОО предмет на гарантирање и тоа: гаранција може да се даде за секоја полноважна обврска*, логично се поставува прашањето за правните последици за секое неполноважно правно дело, оттука и за гаранцијата која е дадена за обврска на деловно неспособно правно лице.

Во правната литература застапено е становиштето дека решението од член 1039 што се однесува на гарантирањето за обврските на деловно неспособно лице, претставува *исклучок од правилото содржано во општите одредби кое предвидува дека деловно неспособно лице не може да влегува во полноважни облигациони односи* и дека делумно деловно способно лице со

⁶⁷ Постарите малолетници (14-18 години) и лицата на кои во вонпроцесна постапка им е ограничена деловната способност се делумно деловно способни лица. Нивните правни дела се полноважни со претходна или дополнителна согласност на законскиот застапник. Во спротивно, нивните правни дела се релативно ништовни (рушливи). Од дефиницијата на ЗОО што се однесува на способноста на гарантирање ова категорија на субјекти не може да преземе обврска за гарантирање.

⁶⁸ Општа подразбира можност да се склучуваат сите видови на правни дела, а потполната деловна способност се однесува на фактот дека на тие субјекти не им е потребно никакво одобрение од страна на законски застапник.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

одобрение од законски застапник и за исклучителен број на правни дела може да презема полноважни правни обврски.⁶⁹

Со оглед на фактот дека ова претставува законско решение, *теоријата ниту може да го третира поинаку и да го елаборира спротивно, туку единствено да констатира дека станува збор за исклучок*, а оправданоста да ја бара во смисла на гарантирањето како сложено правно дело.

Сепак исклучокот во смисла на член 1039 предвидува дека полноважна е обврската за исполнување на побарувањето по основ на гарантирање, без разлика дали станува збор за главен должник со или без деловна способност.

Бројните коментари во правната литература при образложението на ова законско решение се водат од правните дела настанати помеѓу доверител и главен должник со делумна деловна способност.⁷⁰

Во ситуација кога станува збор за делумна деловна способност на главниот должник, постои простор да се конвалидира делото, односно делото е полноважно правно доколку е претходно или дополнително е одобрено од страна на законскиот застапник.⁷¹ Во спротивно, останува збор за релативно ништовни правни дела (*рушливи правни дела*). Сепак, законското решение е изречно и укажува на ситуациите кога главниот должник е деловно неспособно. Следствено, теоријата и образложенијата дека се однесува на *рушливи правни дела е неоснована и може во практиката да се реализира само како исклучок*.

72

⁶⁹ Ограничено деловно способен малолетник може без одобрение од својот законски застапник да ги склучува само оние договори чие склучување му е дозволено со закон. Полнолетното лице на кое со судска одлука му е ограничена деловната способност може без одобрение на законскиот застапник да ги склучува сите договори чие склучување не му е забрането со судската одлука. Другите договори на овие лица, ако се склучени без одобрение од законскиот застапник се рушливи, но можат да останат во сила со негово дополнително одобрение (ЗОО, член 48/1/2/3).

⁷⁰ Види во контекст на ова: Rosenberg Lj., *Pravo medunarodnih placanja u poslovnim transakcijama*, drugi svezak, Zagreb, Informator, 1975, стр. 139.

⁷¹ Čolić B., *Neuredno ispunjenje ugovora*, Pravni život, br. 10, II tom, Beograd, 1995, стр. 17.

⁷² Види повеќе: Стојановић Д.Д., Павичевић Б. *Право обезбедувања кредита*, Службени лист, СРЈ, Београд, 1997, стр. 30.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Со оглед на фактот што станува збор за лична облигација на гарантот спрема доверителот, јасно е дека станува збор за самостојна облигација, следствено, јасна е и оправданоста на решението од член 1039 од ЗОО.

За нас ова решение и образложение е уште еден доказ во прилог на констатацијата дека договорот за гаранција настанува помеѓу гарантот и главниот должник. *Ова не е наше становиште*, меѓутоа е аргумент дека гарантирањето е самостојно правно дело од кое за доверителот произлегува правото да побарува исполнување од гарантот во точно одредени случаи.⁷³

Илустративно: *по кој основ гарантот ќе приговара на деловната неспособност на главниот должник со оглед на фактот што гаранцијата се третира како самостојно правно дело и отсуствува можност за приговарање за неспособноста на главниот должник?!*

Конечно, нашето становиште е дека станува збор за комплексна правна работа која настанува помеѓу гарантот и главниот должник, во интерес на доверителот. Доколку се прифати становиштето дека договорот за гаранција настанува помеѓу доверителот и гарантот, се губи основот за квалификување на гаранцијата како товарно правно дело, дури и кај банкарската гаранција (*посебно за ова во делот што се однесува на банкарска гаранција во глава IV од магистерскиот труд*), со оглед на фактот што доверителот нема никаква обврска (нема обврска за провизија) спрема гарантот.

5.1. Обем на одговорноста на гарантот по основ на преземени обврски од гарантирањето

При самото дефинирање на поимот и карактеристиките на гаранцијата како сложена правна работа, спонтано се наметна прашањето за обемот на одговорноста на гарантот *versus* доверителот. Обемот на одговорност и правниот концепт на одговорноста на гарантот спрема главниот должник претставува најсуштественото прашање бидејќи во рамки на ова правно дело, базата на гарантирањето е преземањето на одговорноста на гарантот спрема

⁷³ Во практиката и законот случаите се диференцирани зависно од тоа дали станува збор за супсидијарна или солидарна гаранција.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

доверителот на главниот должник, во случај кога последниот нема да ја исполни својата облигација од односот спрема доверителот.⁷⁴

На самиот почеток истакнавме дека генерално утврдено правило е дека субината на обврските на гарантот се условени од судбината на обврските на главниот должник, односно дека правната судбина на побарувањето на овие правни дела е во заемно условеност.⁷⁵ Сепак, истовремено нагласивме дека одговорноста на гарантот и тоа како од аспект на обемот така и од аспект на временскиот рок може да биде помал во однос на главниот должник.

Обврската на гарантот не може да биде поголема од обврската на главниот должник, а ако е договорено да биде поголема таа се сведува на мерата на должниковата обврска (ЗОО, член 1041/1). Попрецизно, договарањето на секоја поголема обврска би била ништовна, а гарантот би бил должен да ја исполни обврската што ја има главниот должник.⁷⁶ Ваквиот концепт во целост кореспондира со основните постулати на приватното право, дека никој не може да одговара за повеќе отколку што се обврзал.⁷⁷ Со оглед на фактот што гарантот само ја презема обврската на главниот должник, јасна е логиката неговата обврска да биде ограничена на обемот, видот и карактерот на обврската на главниот должник спрема доверителот. Ваквата концепција во поглед на обемот на одговорност на гарантот е прифатена и во компаративните правни системи.⁷⁸

Гарантот одговара за исполнувањето на целата обврска за која гарантирал, ако неговата одговорност не е ограничена на некој нејзин дел или на друг начин е подложена на полесни услови (ЗОО, член 1041/2).

Гарантот во смисла на член 1041/4 одговара и за секое зголемување на обврската што би настанало со задоцнување на должникот или по вина на должникот. Сепак, ова гарантова обврска може да се исклучи доколку тоа е предвидено во договорот за гаранција. При уредувањето на обемот на

⁷⁴ Man Radin, *Guaranty and Suretyship*, 17 California L.R.P. 605, p. 14.

⁷⁵ Miladin P., o. c. u bilj. br. 2, стр. 328.

⁷⁶ Ништовноста *in concreto* подразбира дека договорот за гаранција воопшто не бил склучен. Попрецизно, Кога предметот на обврската е невозможен, недозволен, неопределен или неопределив, договорот е ништовен (ЗОО, член 39).

⁷⁷ Гавровска П. И., Дескоски Т., Меѓународно приватно право. Скопје, 2005.

⁷⁸ Види: Andrews G.M., Millett R., *Law of guarantees*, London, *Sweet & Maxwell*, 2011, p. 67.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

одговорност на гарантот законодавецот предвидел диспозитивен карактер на решението, предвидувајќи дека може да се договори гарантот да не одговара за зголемувањето на обемот на одговорноста која настанува по вина или задоцнување на главниот должник. Интересно во контекст на решенијата за обемот на одговорност на гарантот е дека законодавецот не предвидел диспозитивен карактер на ставот 3 од член 1041. Имено, според ставот 3, *гарантот е должен да ги надомести потребните трошоци што ги направил доверителот со цел да го наплати долгот од главниот должник.*

Во правната литература постојат бројни полемики кои се однесуваат на констатацијата дека од аспект на заштита на правата на гарантот побитно е да се предвиди диспозитивен карактер на решението од ставот 3, наместо ставот 4 од член 1041.⁷⁹

Во корелација со обемот на одговорност на гарантот е и прашањето за одговорноста на гарантот по основ на камата. Во однос на ова прашање законодавецот предвидел едно логично решение што се базира и на начелото на акцесорност на облигацијата на гарантот спрема доверителот и тоа: *гарантот одговара само за онаа договорена камата што стасала по склучувањето на договорот за гаранција* (ЗОО, член 1041/5). Следствено, гарантот не може да се товари со обврска да плати камата којашто е настаната по основ на побарување кое го има доверителот спрема главниот должник, а кое настанало пред склучувањето на договорот за гаранција, односно пред гарантирањето за обврската на главниот должник.

6. Суброгација кај договорот за гаранција

Комплексноста на гарантирањето како правна работа во најголема мерка произлегува од преносот на правата на доверителот врз гарантот, после исполнувањето на обврската на гарантот спрема доверителот, по основ на

⁷⁹ Види повеќе за дилемите во поглед на ова прашање кај: Василевић Ј., Банкарска гаранција и акцептни налог у пракси привредних судова, Београд, 1995, стр. 48.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

даденото гарантирање. Ваквата концепција во смисла на ЗОО е предвидена преку институтот на *персонална суброгација*.⁸⁰

Персоналната гаранција го става гарантот во позиција да има право од главниот должник (*после исполнувањето на побарувањето спрема доверителот*) да бара да му се врати главното побарување.⁸¹ Врз гарантот кој намирал побарување на доверителот преминува тоа побарување *со сите споредни права и со гаранциите за неговото исполнување*. Преносот на целото побарување заедно со споредните права и предвидените гаранции (*договорна казна*⁸², *побарување по основ на меница, хипотека*⁸³ итн.) произлегува од општите одредби и од *lex specialis* решенијата на ЗОО член 1042.

Споредните права во контекст на ова законско решение се однесуваат на обезбедувањето на побарувањето на доверителот спрема главниот должник. Со оглед на фактот што носител на споредните права е доверителот, со промена на неговата позиција и стапувањето на гарантот на негово место, носител на споредните права станува гарантот.⁸⁴ Доколку побарувањето е обезбедено и со други средства на гарантирање, истите по пат на суброгација преминуваат на гарантот.⁸⁵ Во насока на ова пресудата на Основениот Суд во Прилеп, П4-64/15 од 1.10.2015 година. Имено,

*Тужителот В. П. од П. до Основниот суд во Прилеп поднел
тужба против тужените Љ. и В. С., двајцата од П., за исплата*

⁸⁰ Суброгацијата е еден од начините на исполнување на облигацијата преку преземање на обврската на главниот должник со што *per se* престанува облигацијата. Суброгацијата во смисла на ЗОО **претставува исполнување со преминување на правото врз исполнувачот**. Имено, во член 288 од ЗОО предвидено е дека во случај на исполнување на туѓа обврска, *секој исполнувач може да договори со доверителот, пред исполнувањето или при исполнувањето, исполнетото побарување да премине врз него со сите или само со некои споредни права*. Доверителовите права може да преминат врз исполнувачот и врз основа на договор меѓу должникот и исполнувачот, склучен пред исполнувањето од страна на доверителот спрема должникот (ЗОО, член 288/2/3).

⁸¹ Perović S., Stojanović D., op. cit., стр. 984.

⁸² Види повеќе: Jankovec I., Ugovorna kazna kroz našu sudsku praksu, достапно на: https://www.google.com/?gws_rd=ssl#q=ugovorna+kazna+u+praksa, [пристапено на 23 март, 2016 година].

⁸³ Орлић М., Заложно право, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, НИУ, Службени Лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 948.

⁸⁴ Barnett R.E., Contracts (Cases and Doctrine), 1995.

⁸⁵ Zeković V., Novi ugovori trgovinskog prava, PRAVNE TEME, Godina 1, Broj 1, стр. 107-119.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

на долг, со вредност од 189.221,00 ден. Во тужбата е наведено дека второтужената В. е сопруга на првотужениот Љ. и истата имала земено кредит од ТТК Б., но бидејќи не ги плаќала ратите од кредитот, кога доспеал за плаќање тужителот кој бил гарант на банката и доплатил износ од 189.221,00 денари, со што престанала обврската на второтужената кон банката.

Бидејќи тужената не му го исплатила наведениот износ на тужителот, истиот заедно со првотужениот кој е сопруг на второтужената склучиле Договор за исплаќање на долгот на рати со кој се обврзал во име и за сметка на неговата сопруга да го исплати износот од 189.221,00 денари на 13 рати со тоа што последната рата требало да биде платена најдоцна до 20.10.2013 година, меѓутоа како тужените не ја исполниле обврската према тужителот, истиот ја поднел оваа тужба.

Од Договорот за исплаќање на долг склучен на ден 30.08.2012 година помеѓу првотужениот В. П. и тужителот Љ. С. исто така неспорно се утврди фактот дека тужителот бил гарант на кредитот K2008/3741 партија 2042400758760 што второтужената В. како кредитокоросник го имала земено од ТТК Банка, како и дека тужителот на име заостанати рати имал исплатено износ од 189.221, 00 денари до 07.08.2012 година со што кредитот на банката и бил исплатен во целост.

Воедно се утврди дека со наведениот договор првотужениот како сопруг на второтужената се обврзал да го превземе долгот кој таа го имала према тужителот и да му го исплати на тужителот на тринаесет рати и тоа по 100 Евра во денарска противвредност почнувајќи од 20.10.2012 година заклучно со 20.10.2013 година.

Исто така од изведените писмени докази се утврди дека првотужениот потпишал и писмена изјава со која изјавил дека е согласен да го превземе долгот во износ од 189.221,00 денари кој го имала неговата сопруга према тужителот и кој долг се

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

согласил да го плати на 13 рати заклучно со месец октомври 2013 година.

Согласно чл.1042 од ЗОО врз гарантот кој намирил побарување на доверителот преминува тоа побарување со сите споредни права и со гаранциите за неговото исполнување.

Согласно чл.1052 ст.1 од ЗОО гарантот кој му го исплатил на доверителот неговото побарување, може да бара од должникот да му го надомести сето тоа што го исплатил за негова сметка, како и каматата од денот на исплатата.

Пресудата на Основен суд во Прилеп П4-64/15 од 1.10.2015. неспорно е дека тужителот како гарант кој му го исплатил на доверителот-банката побарувањето од должникот-второтужената има право да бара од неа да и` го надомести сето тоа што го исплатил за нејзина сметка.

Имено, во текот на постапката судот неспорно утврди дека второтужената зела кредит, тужителот бил нејзин гарант за кредитот, како и дека тужителот исплатил за сметка на второтужената вкупен износ од 189.221,00 денари во корист на ТТК Банка.

Суброгација по основ на гарантирањето постои во случај кога главниот должник нема да го плати својот долг или да ја исполни својата обврска спрема доверителот. Во случај кога главниот должник ќе ја исполни својата обврска спрема доверителот, згаснува облигацијата на должникот спрема доверителот, оттука и на облигацијата на гарантот спрема доверителот. Оваа концепција на односи не создава никакви права на гарантот спрема главниот должник бидејќи нема основ за суброгирање на побарувањето во интерес на гарантот.

Спротивна е ситуацијата кога гарантот го исплатил долгот спрема доверителот. Во ваков случај исто така згаснува облигацијата на главниот должник спрема доверителот и на гарантот спрема доверителот, меѓутоа се раѓа облигацијата на гарантот спрема главниот должник. Со создавањето на правото на гарантот спрема главниот должник, како прашање од суштествено значење е прашањето за односот на доверителот и гарантот.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Имено, по основ на повеќе законски решенија, доверителот има обврска да придонесе кон пренос на средствата за обезбедување на побарувањето на гарантот спрема главниот должник. Во насока на ова е и решението од член 1051 од ЗОО каде е предвидено решение за *„ослободување на гарантот поради напуштање на гаранциите.“* Попрецизно, ако доверителот го напушти залогот или некое друго право со кое било обезбедено исполнувањето на негово побарување, или го загуби со свое невнимание и така го оневозможи преминувањето на тоа право врз гарантот, *овој се ослободува од својата обврска спрема доверителот за онолку колку што би можел да добие со вршењето на тоа право.*⁸⁶

Согласно ваквото решение од ЗОО, доверителот е должен да му го пренесе правото на залог на гарантот веднаш после исплаќањето на неговото побарување, односно исполнување на обврската што ја имал главниот должник спрема него. Законодавецот во интерес на ова право на гарантот, изречно предвидува дека секое намалување на правото по основ на напуштање на гаранциите ќе придонесе кон намалување на обврската на гарантот. Во рамки на ова законско решение законодавецот предвидел едно *умешно решение* со тоа што преку овој институт предвидел намалување на обврската спрема доверителот, а не спрема главниот должник. Иако со исполнувањето на обврската спрема доверителот гарантот стекнува права спрема главниот должник, законодавецот предвидел дека во моментот на пренос воспоставено е *правото на намалување на побарувањето на доверителот за онолку за колку што гарантот би можел да се наплати од изгубениот залог.* Ова право на гарантот важи како во случај кога правото настанало пред склучувањето на договорот за гаранција, така и во случај кога настанало потоа (ЗОО, член 1051/2).

Иако во ЗОО изречно не е предвидено, во правната теорија и практиката воспоставено е правилото дека преносот на правото на залог подразбира и пренос на стварта што е предмет на залог. Сепак, полноважноста на ваквиот пренос е условена од согласноста на залогодавецот стварта преку којашто се остварува правото на залог да се пренесе на гарантот. Во спротивно, за сметка на залогопримачот стварта останува кај доверителот којшто треба да се однесува со

⁸⁶ Ansons. L., Law of Contract, USA, p. 34.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

соодветниот степен на внимание (*зависно од предметот на залог со внимание на добар стопанственик или добар домаќин*).⁸⁷

Во практиката честопати се случува главниот должник да платил само дел од долгот што го има спрема доверителот од основниот договор, или да настане компензација⁸⁸ во едел дел од побарувањето што го има доверителот спрема главниот должник и *vice versa*.⁸⁹ Во таков случај гарантот е должен по основ на гарантирањето како правна работа, да плати само во висина на побарувањето што е должен главниот должник после спроведеното компензирање или надвор од пребивањето, само во делот во којшто главниот должник останал должен на доверителот. Намалувањето на долгот на гарантот спрема доверителот по основ на гарантирањето, директно се одразува и врз побарувањето на гарантот спрема главниот должник по основ на законската персонална суброгација. Ваквото решение е уште една потврда во поглед на условеноста на облигацијата на гарантот од правната судбина на долгот на главниот должник од основниот договор со доверителот. Во контекст на ова е пресудата на Основен суд Скопје 2 Скопје VIII ПС бр.1035/07 од чие образложение на Судот може да се види имплементацијата на законските решенија кои го манифестираат акцесорниот карактер на гарантирањето како средство за обезбедување на побарувањето.⁹⁰

⁸⁷ Правните стандарди за однесување во правниот промет се предвидени и во општите одредби на ЗОО каде изречно е предвидено правилото за однесување во извршувањето на обврските и остварувањето на правата и тоа: учесникот во облигациониот однос е должен во извршувањето на својата обврска да постапува со внимание кое во правниот промет се бара во соодветниот вид облигациони односи (внимание на добар стопанственик, односно внимание на добар домаќин). Учесникот во облигациониот однос е должен во извршувањето на обврска од својата професионална дејност да постапува со зголемено внимание, според правилата на струката и обичаите (внимание на добар стручњак). Учесникот во облигациониот однос е должен во остварувањето на своето право да се воздржи од постапка со која би се отежнало извршувањето на обврската на друг учесник (ЗОО, член 11/1/2/3).

⁸⁸ Види пресуда на Основен суд Велес, број ТС.бр. 309/10 од 01.02.2012 година. Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://www.osveles.mk/Odluki.aspx?odluka=2693>, [пристапено на 11.12.2015].

⁸⁹ Должникот може да го пребие побарувањето што го има спрема својот доверител со она што овој го побарува од него, ако двете побарувања гласат на пари или други заменливи предмети од ист род и ист квалитет и ако двете се стасани (ЗОО, член 325).

⁹⁰ Со цел да не го обременуваме текстот со содржини од судски пресуди, направивме селекција на пресудите што ни беа на располагање во интерес на клучните прашања од проблематиката. Во поглед на прашања што сметавме дека имаат спорадична димензија пресудите само ќе ги цитираме со цел да го упатиме читателот. Оттука, во контекст на преносот на споредбените права и дополнителните гаранции за обезбедување види пресуда VIII ПС бр. 1035/07 на Основен суд Скопје 2 Скопје.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

7. Форми на гаранција

Формите на гарантирањето претставуваат едно од најспорните истовремено во практиката најексплоатирани случаи на гарантирање. Формите на гаранцијата, во теоријата познати како видови на гарантирање, претставува едно од најанализираните и најелаборираните прашања кога станува збор за гаранција и банкарска гаранција како средства за обезбедување на побарување.⁹¹

Бројни се правните анализи во делот на формите на гаранција, а во деловната и во судската практика сè уште се побројни споровите кои настануваат по основ на отсуство на пасивна легитимација, или оспорување на побарувањето на доверителот од страна на главниот должник, или гарантот, во случај кога последниот единствено презел обврска да одговара за обврската на главниот должник, а во случај кога последниот не ја исполнил.⁹² Токму како резултат на последната фактичка состојба, ни се чини нужна е темелната анализа на формите на гаранција предвидени во делот - *однос на доверителот и гарантот* во член 1043/1/2/3/4. Имено, ЗОО предвидува две форми на гарантирање и тоа:

-супсидијарна и

-солидарна гаранција.

Супсидијарната гаранција го манифестира акцесорниот карактер на гаранцијата како сложено правно дело. Имено, доколку гарантот преземе обврска како супсидијарен гарант, доверителот има право да се обрати до гарантот за наплата единствено, откако ќе докаже дека не може да го наплати своето побарување од главниот должник. Попрецизно, кај супсидијарната гаранција, од *гарантот може да се бара исполнување на обврската дури откако главниот должник не ќе ја исполни во рокот определен во писмениот*

⁹¹ Kos J., Junačko Z., Šimac S., Lovrič V., Izbor odluka Visokog Trgovačkog Suda Republike Hrvatske, Broj 11., 2006.

⁹² Честопати во практиката предмет на спор е и самата форма на гарантирањето и тоа: дали гарантот има статус на гарант-платец или станува збор за субсидијарен гарант чии обврски спрема доверителот настануваат во случај кога доверителот ќе докаже дека не може да го наплати побарувањето до главниот должник. Види повеќе: Хибер Д., Живковић М., Обезбедување и учврстување потраживања, Београд, 2015, стр. 228.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

повик (ЗОО, член 1043/1).

Во поглед на супсидијарната гаранција, од исклучително битно значење е да се истакне дека докажувањето на доверителот за неможноста да ги намира своите побарувања од главниот должник *не е условено од постоењето на правосилна судска пресуда како доказ дека главниот должник не е во можност да ја исполни својата обврска спрема главниот должник*. Напротив, како што е наведено и во член 1043/1 од ЗОО, доволно е доверителот да докаже дека главниот должник не ја исполнил обврската во рокот определен во писмениот повик.⁹³

Во деловната практика доверителите не ретко поднесуваат и барање за извршување како доказ дека на сметката на главниот должник нема средства, односно дека е настаната обврската за гарантот по основ на гаранцијата. Иако ова во практиката не е ретка појава, сепак останува законското решение според кое доволно е главниот должник да не одговорил на писмениот повик на доверителот, односно да го игнорира писмениот повик од доверителот да го исполни побарувањето.

Во делот на реализирање на побарувањето по основ на гаранција, законодавецот ја предвидил и можноста да доверителот надвор од концептот на писмен повик кон главниот должник директно да се упати кон гарантот за исполнување на обврската на главниот должник. Во овој случај исто така станува збор за *супсидијарна гаранција*, базирана на две реални околности кои писмениот повик го прават нецелисходен. Имено, законодавецот предвидел две ситуации во коишто доверителот може да бара исполнување од гарантот, иако пред тоа не го повикал главниот должник да ја исполни обврската и тоа:

- ако е очигледно дека од средствата на главниот должник не може да се оствари нејзино исполнување,

⁹³ Во деловната практика доверителот најчесто после паѓањето во задоцнување на главниот должник писмено со обраќа до должникот за исполнување на обврската, известувајќи дека е паднат во задоцнување и оставајќи му разумен рок да ја исполни обврската. Доколку тоа не го стори, се смета дека основано може да се обрати до супсидијарниот гарант за исполнување на побарувањето.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

- или ако главниот должник паднал под стечај.⁹⁴

Во деловната практика, вториот основ по којшто согласно член 1043/2 од ЗОО доверителот може да се обрати директно до гарантот за намирување на своето побарување има поголема практика помеѓу страните. Ова од причина што решението за стечај е јасен доказ дека доверителот има основа да се повика на овој член. Првиот основ „ако е очигледно“ создава простор за дилема со оглед на фактот што во македонското стопанство голем дел од субјектите со статус на трговец имаат ненаплатен имот што ги прави неликвидни меѓутоа не и инсолветни во смисла на ЗС. Попрецизно, нивните побарувања кон трети субјекти каде што тие се доверители, а третите лица должници се ненаплатени, следствено е тешко со сигурност да се утврди дали главниот должник е во позиција да го намири својот долг или не, односно тешко е за судот да го констатира стандардот на „очигледно е дека нема да го намири.“

Ваквиот аспект не го базираме на фактот дека тешко е да се утврди ненамирувањето или намирувањето, туку тешко е да се утврди пред сè поради непознавањето на фактичката економска состојба на друштвото што е во позиција на главен должник.

Се разбира одлуката е во рацете на судот, а заштита треба да се води за интересот на гарантот со цел да не биде злоупотребена неговата позиција на супсидијарен гарант којшто ќе одговара солидарно во смисла на член 1043/2 од ЗОО. Постои опасност во практиката гарантот да претстави ситуација во која се претставува како субјект којшто е во тешка финансиска состојба и дека „очигледна“ е неможноста да ја исполни обврската спрема доверителот. На база на ова се загрозува позицијата на гарантот кај супсидијарната гаранција.

Покрај супсидијарната гаранција ЗОО го познава и концептот на солидарна гаранција. По основ на солидарна гаранција, гарантот за обврските на главниот должник одговара солидарно со него. Во овие случаи гарантот има статус на *гарант-платец* и по основ на ова доверителот може директно да се

⁹⁴ Во контекст на ова е пресудата на Основен суд Скопје 2 Скопје, XXXVIII.ПЛ1-3231/12, од 23.4.2014. Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://www.osskopje2.mk/Odluki.aspx?odluka=4285>, [пристапено на 6.12.2015 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

упати до гарантот за остварување на своето побарување.

Солидарното гарантирање за обврските на главниот должник му дават поголема сигурност на доверителот, а гарантот го ставаат во понезавидна состојба.⁹⁵ Бројни се примерите во практиката кога банките се обврзуваат како гарант-платец, најчесто преку трансформирање на побарувањето на банката спрема главниот должник *во форма на кредит и соодветна договорна камата*. Попрецизно, најчесто во практиката по основ на налог на главниот должник, банката во интерес на доверителот ќе издаде гаранција во којашто таа ќе има статус на гарант платец. Во случај доверителот да го наплати своето побарување од банката, регресното побарување на банката спрема главниот должник се трансформира во кредит со соодветна каматна стапка по основ на договор за издавање на банкарска гаранција.

Концептот на солидарна одговорност е предвиден во ЗОО во член 1043/3. Имено, ако гарантот се обврзал како гарант-платец, му одговара на доверителот како главен должник за целата обврска и доверителот може да бара нејзино исполнување било од главниот должник, било од гарантот или од двајцата во исто време (солидарна гаранција). Илустративно, концептот на гарант-платец му овозможува на доверителот веднаш после доспевањето на побарувањето да се обрати до кој било до солидарните должници, или до двајцата истовремено.

После исполнувањето на обврската спрема доверителот, се гасне облигацијата по основ на главниот договор, а гарантот-плата има право на регрес од главниот должник. Оваа фактичка состојба во која главниот должник и гарантот одговараат солидарно за побарувањето на доверителот, се изедначува со решението од член 1044 од ЗОО каде е предвидено дека повеќе гаранции на некој долг одговараат солидарно, без оглед дали гарантирале заедно или секој од нив се обврзал спрема доверителот одделно, освен кога со договорот нивната обврска е уредена поинаку. Иако во суштина главниот должник и гарантот-платец не се солидарни должници пред настанувањето на облигацијата, со склучувањето на договорот за гаранција во смисла на член

⁹⁵ Corbin L., A comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law, vol. 2. 1950, p. 216.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

1043/3 од ЗОО, се изедначува примената на член 1044 од ЗОО. Во насока на ова е пресудата на Основниот суд во Скопје, во предметот XXI П. бр. 4209/08. Имено,

Тужителот ... Банка АД Скопје со тужениот Д.Г. на ден 17.05.2006 година, склучил писмен договор за кредит бр. 1-43822, врз основа на кој му е одобрен кредит во износ од 250.000,00 денари, со отплата на 24 месечни рати, согласно амортизациониот план, во кој е предвидена месечна каматна стапка од 1,80 %, а составен дел на овој договор се и општите услови според кои е предвидено дека Банката ќе пресметува камата од денот кога кредитот му бил ставен на располагање на корисникот, дека при нарушување на роковите за плаќање на каматата или главницата корисникот е должен да плати казнена камата од 0,5 % дневно на делот од ратата кој отпаѓа на главнината, предвидено е во случај корисникот да не ги исполни своите обврски во целост банката има право еднострано да го раскине договорот и да бара предвремено исполнување на обврската ако претходно во писмена форма го извести корисникот на кредит дека не ги исплатува своите стасани обврски во рок и начин предвиден со амортизациониот план. Овој договор и општите услови се потпишани од договорните страни.

Второтужената В.Т. со тужителот на 17.5.2006 година склучила писмен договор за гаранција, во кое е предвидено да како гарант на главниот должник Д.Г. се обврзува према банката да одговара солидарно со корисникот на кредитот како гарант-платец до целосно исполнување на обврските од основниот договор, дека како гарант одговора према тужителот солидарно со корисникот на кредитот за сите обврски кои произлегуваат од основниот договор - отплаќање на главницата, каматата, казнена камата, такси, провизии, судски и други трошоци. Од увидот во меницата и од договорот на гаранција од 17.5.2006 год. се утврди дека второтужената се јавува како потписник на

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

меницата и гарант - платец солидарно со првотужениот. Со статус на гарант платец, Суд ги обврзал гарантите да ги исполнат обврските од договорот за гаранција.

Во имплементацијата на концептите на солидарна и супсидијарна гаранција, законодавецот тргнал и од карактерот на облигацијата која се раѓа по основ на конкретен облигационо-правен факт. Оттука, законодавецот направил дистинкција помеѓу граѓанските и трговските трансакции водејќи се од субјектите кои влегуваат во облигационен однос и карактерот во смисла дали станува збор за профитабилна или потрошувачка трансакција за задоволување на потребите на потрошувачите. Ваквата класификација првенствено произлегува од спецификите кои се наметнуваат на полето на трговските трансакции, надвор од концептот на гарантирање кај Б2Ц и Ц2Ц правните односи.

Водејќи се од природата и обемот на трговијата, законодавецот со право го предвидел решението од член 1043/4 што се однесува на трговските договори.⁹⁶ Иако тој ја дал можноста за поинакво уредување на односите од гарантирањето кај трговските трансакции (*предвидел диспозитивен карактер на решенијата*), сепак како правило предвидел генерално решение и тоа: *гарантот за обврска настаната од трговски договор*⁹⁷ *одговара како гарант-платец, ако не е договорено нешто друго* (ЗОО, член 1043/4). Ваквото законско решение подразбира дека во случај на Б2Б трансакција, доверителот директно може да се обрати до гарантот без да го повикува главниот должник. Во овие ситуации *гарантот му одговара на доверителот како главен должник за целата обврска*. Доверителот може да бара нејзино исполнување било од главниот должник, било од гарантот или од двајцата во исто време (солидарна гаранција). Конечно, *по правило*, во трговските договори, ако не е поинаку договорено одговорноста на гарантот секогаш е солидарна.

⁹⁶ Види повеќе за трговските договори: Babič I., Privredno pravo. Beograd, 2008;

⁹⁷ Трговски договори, во смисла на ЗОО, се договори што трговските друштва, трговците поединци и другите правни или физички лица кои вршат трговска дејност, во вид на занимање, ги склучуваат меѓу себе во вршењето на дејностите што го сочинуваат предметот на нивното работење или се во врска со тие дејности (ЗОО, член 17/2).

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Ваквото законско решение е од диспозитивен карактер и се однесува на договорните страни со статус на трговци да ја исклучат одговорноста на гарантот како гарант платец, односно да ја исклучат солидарната одговорност на гарантот со главниот должник. Во насока на ова е пресудата на Основен суд Штип, МалВ ТС.бр.10/12 од 8.6.2012 година.⁹⁸ Имено,

Тужителот Б.Л. д.о.о.е.л. од Ш. како продавач, првотужениот А.-Б.-Т. д.о.о.е.л.-С.и Р.И. од С., како гарант, на ден 28.4.2011 година склучиле договор за продажба на трговска роба, кој договор бил уредно потпишан со печати и потписи од страна на сите тројца договарачи. Согласно чл.1 од договорот, предмет на овој договор е продажба на трговска роба, утврдување на правата и обврските, условите за продажба, начинот на плаќање, инструментите за обезбедување и плаќање, роковите на плаќање и гаранцијата.

Со чл.2 од договорот договорните странки се договориле продавачот да му продава на купувачот трговска роба утврдена по артикал, количини и цени согласно испратница/фактура, а потврдени од продавачот и купувачот, а со чл.3 се договориле да купувачот ја плати цената на трговската роба, утврдена однапред со испратница/фактура плус ДДВ.

Со чл.4 од договорот, заради обезбедување на плаќањето на купопродажната цена на трговската роба во целост од страна на купувачот, второтужениот како гарант се согласил да доколку купувачот - првотужениот не ги подмири обврските спрема продавачот – тужителот во договорениот рок во целост, тогаш второтужениот како гарант ќе ги подмири сите настанати ненаплатени обврски по договорот.

Во конкретниот случај на база на изнесената фактичка состојба и од изведените докази судот утврдил дека тужителот во целост ја исполнил својата обврска и трговската стока утврдена по артикал, количини и цени наведени во

⁹⁸ Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://www.osstip.mk/Odluki.aspx?odluka=3699>, [пристапено на 23.12.2015 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

фактура број 11-ПФ1-102-1680 од 31.08.2011 година му ја испорачал на првотужениот кој ја потпишал фактурата со печат и потпис и ја примил трговската стока.

При изведувањето на доказите Судот правилно го применил материјалното право истакнувајќи дека согласно член 1043 ст.1 од ЗОО *„од гарантот може да се бара исполнување на обврската дури откако главниот должник не ќе ја исполни во рокот определен во писмениот повик (супсидијарна гаранција).“*

Понатаму, согласно став 3 од членот 1043 Судот се повикал на решението според кое *„Ако гарантот се обврзал како гарант-платец, му одговара на доверителот како главен должник за целата обврска и доверителот може да бара нејзино исполнување било од главниот должник, било од гарантот или од двајцата во исто време (солидарна гаранција). Во мериторното одлучување Судот тргнал од становиштето дека страните не се договориле поинако од решението на член 1043/4 од ЗОО дека „за обврска настаната од трговски договор гарантот одговара како гарант-платец, под услов да не е нешто друго договорено. “*

Конечно, во овој случај по склучувањето на договорот тужителот на првотужениот му испорачал трговска стока и го задолжил за неа да плати со фактура. Првотужениот не ја платил цената за трговската стока во договорениот рок. Обврската за плаќање на оваа трговска стока на второтужениот како гарант настанала од склучениот трговски договор *и тој за обврската на првотужениот од тој договор е солидарно одговорен како гарант-платец, бидејќи со склучениот договор не е договорено нешто друго.*

8. Концептот на застареност кај договорот за гаранција

Застареноста претставува протек на одреден временски период после којшто не може да се бара судско (*принудно*) остварување и извршување на повреденото право, *односно заштита по судски пат.*⁹⁹ Временскиот период од којшто почнува да тече рокот на застареност до крајот на рокот на

⁹⁹ Живковска Р., Опште дел на Граѓанско право, Европа 92, 2011, стр. 93.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

застареност го става тужителот во позиција на „правна моќ“ на база на којашто може да го прекине рокот за застареност, со поднесување на соодветно правно средство и трансформација на моќта во право.¹⁰⁰

Концептот на застреност има одредени специфики и посебни *lex specialis* решенија содржани во делот што ја уредува гаранцијата. Имено, со *застареноста на обврската на главниот должник застарува и обврската на гарантот*. Кога рокот за застарување на обврските на главниот должник е подолг од две години, обврската на гарантот застарува по истекот на две години од стасаноста на обврската на главниот должник, освен кога гарантот одговара солидарно со должникот (ЗОО, член 1058/2).¹⁰¹

Прекилот на застарувањето на побарувањето спрема главниот должник дејствува и спрема гарантот само ако до прекилот дошло со некоја постапка на доверителот пред судот против главниот должник.¹⁰² Застојот на застарувањето на обврската на главниот должник нема дејство спрема гарантот.¹⁰³

Во насока на ова е пресудата на Основниот суд во Велес, во предметот П-1 бр. 24/12.¹⁰⁴ Имено,

*Тужителот со тужбата бара за неисплатениот дел од
искористениот кредит од кредитокорисникот – покојниот Л.*

¹⁰⁰ Застареноста е законска категорија и роковите за застреност не може да биде предмет на договор помеѓу страни. Роковите на застареност се законска категорија детерминирана по основ на карактерот на побарувањето. Во контекст на ова е решението од член 367 од ЗОО каде е предвиден посебен рок за застареност на побарувањето од повремени карактер. Попрецизно, предвиден е рок од една година за застарување на: а) *побарувањето на надомест за испорачана електрична и топлотна енергија, гас, вода, за ојачарски услуги и за одржување на чистота, кога испораката, односно услугата е извршена за потребите на домаќинството*; б) *побарувањето на радиостаница и радио-телевизиска станица за употреба на радио-приемник и телевизиски приемник*; в) *побарувањето на пошта, телеграф и телефон за употреба на телефон и на поштенски преградоци, како и другите нивни побарувања што се наплатуваат во тримесечни или во пократки рокови*; и, г) *побарувањето на претплата на повремени публикации, сметајќи од истекот на времето за кое е нарачана публикацијата*.

¹⁰¹ Хибер Д., Живковић М., оп.цит., стр. 404.

¹⁰² Đorđević Ž., Stanković V., Obligaciono pravo - opšti deo, Beograd, 1987.

¹⁰³ Драшкић М.: Стицање права на једностран раскид уговора у систему правних последица доцње у нашем праву, Анали Правног факултета, бр. 3-4, Београд, 1968, стр. 18.

¹⁰⁴ Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://www.osveles.mk/Odluki.aspx?odluka=6830>, [пристапено на 12.2.2016 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

П., да бидат задолжени тужените како гаранти на покојниот главен должник. Помеѓу странките не е спорно дека тужените имале потпишано писмени изјави со кои се согласиле да се врши запирање од нивните плати, односно од платата од друг работодавач, ако им престане работниот однос во ЕСМ, Подружница В., како гаранција за станбениот кредит во износ од 200.000,00 денари одобрен со договор бр.21-139 од 26.02.2000 година и тоа на неотплатениот дел од кредитот кој кредитокорисникот би престанал да го плаќа.

Согласно чл.1043 ст.1 од ЗОО предвидено е дека од гарантот може да се бара исполнување на обврската дури откако главниот должник не ќе ја исполни во рокот определен во писмен повик (супсидијарна гаранција). Според ст.2 од истиот член и закон, доверителот може да бара исполнување од гарантот, иако пред тоа не го повикал главниот должник да ја исполни обврската, ако е очигледно дека од средствата на главниот должник не може да се оствари нејзино исполнување или ако главниот должник паднал во стечај.

Согласно чл.1047 од ЗОО гарантот одговара за целиот износ на обврската за кој гарантирал и во случај кога од наследникот на должникот би можело да се бара исплата само на оној нејзин дел што одговара на вредноста на наследениот имот.

Во овој случај, тужителот согласно наведените одредби, бидејќи корисникот на кредитот починал, бил должен да ја повика неговата сопруга како единствен законски наследник да ја исполни обврската по договорот, па ако од наследениот имот не би можела да се наплати обврската, да бара од гарантите исполнување на дел или на целиот износ на истата. Во случајот, тужителот не докажа дека така постапил, што беше причина повеќе тужбеното барање да се одбие.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

При донесувањето на одлуката судот го имаше во вид приговорот за застареност на побарувањето истакнат од тужените, но сметаше дека во овој случај не се исполнети условите за застареност, бидејќи договорот бил склучен со рок на исполнување на обврската на 120 рати или до 26.2.2012 година, од кога започнува да тече рокот на застареност на обврската. Тужбата е поднесена на 13.2.2012 година, пред истекот на времето во кое требало да се исполни обврската, што значи според судот дека нема застареност на побарувањето на тужителот.

Од сите овие причини следуваše судот да одлучи како во изреката на пресудата.

Преку *lex specialis* решенијата содржани во ЗОО што се однесуваат на влијанието на роковите на застареност врз статусот на гарантот и гарантот платец, законодавецот го акцентирал ова прашање како исклучително битно кога станува збор за гарантирање како сложена правна работа.

Од исклучително битно значење за позицијата на гарантот е решението од ставот 2 на член 1058 од ЗОО. Имено, со цел да се заштити позицијата на гарантот, законодавецот предвидел дека гарантот се ослободува од цивилната облигација после истекот на две (2) години од стасаноста на обврската на главниот должник, во случај кога рокот на застареност на обврските на последниот (*главниот должник*) е подолг од две години. Ова сосема логично решение, ако се земе предвид фактот дека во интерес на обезбедување на правната сигурност на гарантот, е да го знае временскиот рок во којшто е обврзан по основ на гарантирање.¹⁰⁵

Законодавецот проценил дека рокот од две години (2) е сосема доволен за гарантот да биде обврзан и преку заштита на позицијата на налогодавачот, ги штити интересите на доверителот. Ова законско право законодавецот го исклучил од концептот на солидарна гаранција, односно ситуацијата кога гарантот се обврзал како гарант-платец. Последново решение

¹⁰⁵ Tajti T., Comparative Secured Transactions Law, Budapest, 2002, p. 173.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

е од диспозитивен карактер, следствено според нашето толкување гарантот и налогодавачот може да се договорат да застари побарувањето на гарантот за две години и во случај кога тие се солидарни должници. Сепак, во прашање е интересот на доверителот, па се јавува дилемата дека во практиката тоа не е рационално решение.¹⁰⁶

Застареноста ги ослободува главниот должник и гарантот од цивилната облигација спрема доверителот. Попрецизно, со протекот на рокот за застареност доверителот не може да го исполни своето побарување спрема главниот должник и гарантот по судски пат. Сепак, тоа не значи дека главниот должник, следствено и гарантот немаат обврска спрема доверителот. Нивната обврска е натурално и по пат на приговор главниот должник и гарантот може да одбијат да го исполнат побарувањето на доверителот (*на застареност судот не внимава во службена должност*).

Сепак во практиката може да се случи гарантот да го плати застареното побарување па се поставува прашањето кои права настануваат за доверителот и за гарантот. Имено, факт е дека главниот должник има долг спрема доверителот. Исплаќањето/исполнувањето на застареното побарување (долгот на главниот должник) не му дава право на главниот должник да го побарува назад стекнатото. Ова без разлика дали исполнувањето/исплаќањето е реализирано до страна на главниот должник или гарантот.

Во случај кога плаќањето на застареното побарување (натуралната облигација) спрема доверителот ќе го изврши гарантот, натуралната обврска на главниот должник се трансформира во цивилна. Следствено, главниот должник не може да се повикува на застареност во случај кога гарантот ќе го упати своето регресно побарување по основ на исплатената облигација (ова се однесува и на ситуациите кога гарантот ќе исполни/исплати застарено побарување на доверителот).

Во контекст на застареноста и нејзиното влијание врз статусот на гарантот, односно неговата обврска како солидарен должник е пресудата на

¹⁰⁶ Byles on Billies of Exchange, London, 1972, стр.169.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Основен суд Гевгелија Малв.П.бр.176/10 од 04.02.2011 година.¹⁰⁷ Имено, со пресудата од 4.2.2011 година Основниот суд во Гевгелија повикувајќи се одредбите за застареност во смисла на ЗОО со право одлучил дека тужениот нема правна обврска да го исполни договорот поради протекот на временскиот период во којшто тужителот може судски да се намири. Со оглед на фактот што правната судбина на долгот на гарантот е условена од онаа на тужителот, со пресудата Малв.П.бр.176/10 се ослободува и гарантот од обврската спрема тужителот. Се разбира останува натуралната облигација на тужениот и гарантот спрема тужителот. Попрецизно,

Тужителот Т. Б.АД С., сега со променет назив - НЛБ Т. б. АД С. и првотужениот Т. Д. од Г. врз основа на барање за отварање на тековна сметка од првотужениот, склучиле Договор за тековна сметка без број и датум, по кој во евиденцијата на банката има отворено тековна сметка под бр..... Второтужениот М. Н.од Н., на меницата дадена како обезбедување на побарувањето на првотужениот е наведен како жирант-гарант на првотужениот.

Првотужениот како корисник на тековната сметка се обврзал редовно да ги намирува обврските спрема тужителот кои произлегуваат од договорот, со право на банката доколу не ги намири достасаните обврски, банката -тужителот да ги наплати согласно општите правилата на работење на истата.

Во периодот од 1.2.2003 година, како прв месец откако првотужениот реализирал чекови без покритие, до 28.2.2009 година, нема промена на сметката на првотужениот освен промена во однос на пресметана камата. Исто така за наведениот период нема доказ дека тужителот го известил

¹⁰⁷ Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://osgevgelija.mk/Odluki.aspx?odluka=1958>, [пристапено на 29.12.2015 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

првотужениот за промена на состојбата на неговата тековна сметка, ниту дека писмено или усно го предупредил за неговата обврска. Како првотужениот не го измирил долгот спрема тужителот во вкупен износ од 35.252,00 денари од кои 12.000,00 денари на име долг од реализирани чекови без покритие и 23.252,00 денари на име пресметана затезна камата, тужителот побара судска заштита со поднесување на оваа тужба.

По основ на поднесената тужба, првотужениот поднел приговор за застареност до Судот, истакнувајќи дека е поминат општиот рок од 5 години и дека по тој основ неосновано е тужбеното барање на НЛТ, тужителот во поглед на намирувањето на долгот по основ на договорот за тековна сметка и издавањето на чекови без покритие.

Судот на база на изведените докази (материјални вербални), Судот го одбил како неосновано тужбеното барање на тужителот НЛБ Т. б. АД С. со кое бара да се задолжат тужените Т. Д. од Г. и М. Н. од Н., Г. солидарно да му исплатат на име долг од 35.252,50 денари, со законска казнена камата во висина на референтната стапка на Народна банка на РМ што за секое полугодие важела на последниот ден од полугодието што му претходело на тековното полугодие, зголемена за осум процентни поени сметано од денот на поднесувањето на тужбата - 4.2.2010 година до конечната исплата. Согласно чл. 360 од ЗОО, „Побарувањата застаруваат за пет години, ако со закон не е определен некој друг рок на застареност.“

Судот констатирал дека приговорот за застареност на побарувањето на тужителот истакнат од тужените е основан, имајќи во предвид дека од Наодот и мислењето на в.л.од 12.10.2010 година се утврди дека првотужениот сметајќи од 31.1.2003 година поточно од 20.1.2003 година кога е реализиран последниот чек бр.374160, останал да должи на тужителот износ од 12.000,00 денари за реализирани 10 чека без покритие, а тужителот пресметувал камата почнувајќи

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

од 1.2.2003 година како ден кога првотужениот паднал во задоцнување со исполнувањето на својата обврска спрема тужителот.¹⁰⁸

Во конкретниов случај се работи за побарување на договорни страни кое произлегува од договор за услуга во смисла на чл.363 од ЗОО, а со одредбите од член 1091 до 1099 од ЗОО со кои е регулирана материјата за банкарска тековна сметка не се предвидени посебни рокови за доспеаност на побарувањето, судот констатирал дека тужителот како доверител имал право да бара наплата на своето побарување сметајќи од првиот ден кога првотужениот го издал последниот чек без покритие. Како тужителот го изгубил правото да бара присилна наплата на своето побарување поради протек на рокот подолг од објективно предвидениот по Законот за облигационите односи, истиот согласно член 358 од ЗОО го изгубил и правото на наплата и на споредните побарувања кои произлегуваат од побарувањето.

Во корелација со правото на регрес на гарантот е решението од член 1053 од ЗОО. Имено, гарантот на еден од повеќе солидарни должници може да бара од кој и да било од нив да му го надомести она што му го исплатил на доверителот, како и трошоците. Во ова решение од член 1053 содржано е правото на регрес што претставува уште еден основ за обезбедување на побарувањето на солидарниот должник (со статус на доверител) спрема другите солидарни должници. Регресот или обештетувањето е во тесна врска и со правото на гарантот да бара надомест од должникот за исполнувањето на облигацијата спрема доверителот.¹⁰⁹ Со исполнувањето на обврската спрема доверителот, гарантот го стекнува правото на надомест од должникот, или правото на регрес по однос на исполнувањето на обврската на главниот должник за којашто презел обврска спрема доверителот.

¹⁰⁸ Сметано од денот на доспеаноста на побарувањето на тужителот 1.2.2003 година, до денот на поднесувањето на тужбата 4.2.2010 година, изминат е рок подолг од 5 години.

¹⁰⁹ Види повеќе: Slakoper Z., op.cit., стр. 103.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

ВТОРА ГЛАВА

II. ПРАВА И ОБВРСКИ НА ГАРАНТОТ СПОРЕД МАКЕДОНСКОТО ПОЗИТИВНО ПРАВО

1. Поим и видови на права и обврски на гарантот

Правата и обврските на гарантот според македонското позитивно право и практика произлегуваат од настанатиот однос меѓу гарантот и доверителот, **по налог на главниот должник спрема гарантот.**¹¹⁰ Генерално обврските на гарантот се базираат на неговиот однос спрема доверителот, наспроти правата коишто се базираат на неговиот однос спрема налогодавачот, односно главниот должник. Во глава втора од магистерскиот труд предмет на проучување ќе бидат правата и обврските на гарантот како носител на **специфичната обврска во сложеното правно дело на гарантирањето.**¹¹¹

Тргнувајќи од методот на координација во оваа глава ќе ги анализираме корпусот права и обврски на гарантот, земајќи го предвид фактот дека правата и обврските на гарантот се во корелација со правата и обврските на налогодавачот. Сепак, во никој случај не смееме и нема да го ингорираме фактот дека станува збор за комплексно правно дело кое генерира права и обврски за три договорни страни. Следствено, во овој сегмент паралелно ќе го анализираме целиот корпус на права и обврски по основ на гарантирањето, со цел да создадеме јасна претстава за нив, ставајќи го акцентот на обврските на гарантот пред сè поради фокусот на магистерската, *одговорноста на гарантот кај договорот за гаранција.*¹¹²

¹¹⁰ Со договорот за гаранција се обврзува гарантот спрема доверителот дека ќе ја исполни полноможната и стасаната обврска на должникот, ако тоа не го стори должникот (ЗОО, член 1036).

¹¹¹ Hiber D., Pobijanje ugovora o jemstvu u stečajnom postpku, *Časopis za pravne i društvene nauke, Beograd*, Vol. 63, br. 1, 2015, <http://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/article/view/67/244>, [пристапено на 28 март, 2016 година].

¹¹² Прашањето за одговорноста на гарантот се наметнува во случај на повреда на обврските што ги има гарантот спрема доверителот.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Правата и обврските на гарантот во рамки на ЗОО се уредени во делот именуван како однос помеѓу гарантот и должникот и делот именуван како доверителот и гарантот. Ваквата класификација и распределба на одредбите од ЗОО укажува на сложеноста на ова правно дело, како и на фактот дека правата и обврските не се базираат само спрема една од договорните страни. Имено, факт е дека базичните обврски на гарантот настапуваат спрема доверителот, меѓутоа исторемено од односот со налогодавачот/главниот должник тој има обврска да преземе одредени со закон предвидени активности што претставуваат негова законска обврска.¹¹³

Ваквата констатација се однесува на основните обврски кои ги има гарантот спрема доверителот, иако од анализата и проучувањето на поимот, правната природа, анализираната судска практика, јасно е дека како сложено правно дело гарантирањето наметнува права и обврски за сите договорни страни во договорот за гаранција како сложено правно дело. Сепак, основните обврските кои се предвидени за гарантот согласно важечката легислатива се однесуваат спрема доверителот.¹¹⁴

Во основните гарантови права влегува правото на гарантот да бара надомест од должникот што се објаснува со концептот на **персонална суброгација** во смисла на општото учење на облигациите, при што предмет на анализа се две посебни ситуации кои се врзани за гарантовото право на надомест од должникот и тоа:¹¹⁵

-губење на правото на надомест,

-право на враќање на исплатеното.

Предвидените ситуации се наметнуваат во практиката под точно определени услови кои ги предвидува ЗОО во смисла на член 1055 и 1056. Следствено, овие две ситуации се предвидени како отстапка од правилото за право на надомест на гарантот во случај кога ја исполнил обврската спрема доверителот по основ на дадениот налог од страна на главниот должник.

¹¹³ Pajtić B.L., Odnos ugovora o jemstvu i srdnih instituta privrednog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, vol. 49, br. 1, 2015, стр. 149-155.

¹¹⁴ Види: <http://upravusi.rs/novac/krediti-novac/instrumenti-obezbedenja/>, [пристапено на 29 април, 2016 година].

¹¹⁵ Vukomir B., razlozi za obustava isplate bankarskih garancija na prvi poziv, Beograd, 2006, стр. 18.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

2. Право да бара надомест од должникот

Правото на гарантот да бара надомест од главниот должник настанува во случај кога тој наместо него (главниот должник) ја исполнил обврската спрема доверителот. Ова право на гарантот изречно произлегува од законот и од самата правна природа на гарантирањето, меѓутоа е условено од неисполнувањето на обврската што ја има главниот должник спрема доверителот, односно со исполнувањето на обврската на главниот должник спрема доверителот од страна на гарантот.¹¹⁶ Во тој момент *ipso jure* гарантот наступува на местото на доверителот и ги има сите права коишто ги имал главниот должник спрема доверителот.¹¹⁷

Со оглед на фактот што станува збор за постоњето на услов којшто ја раѓа обврската на гарантот, следствено и неговото право спрема главниот должник, со право може да се квалификува дека правото на надомест на гарантот спрема главниот должник по основ на договорот за гаранција настанува под одложен услов. Попрецизно, правата на гарантот по основ на договорот за гаранција се отелотворуваат само кога главниот должник не ја исполнил својата обврска спрема главниот должник.¹¹⁸

Гарантот кој му исплатил на доверителот негово побарување, може да бара од должникот да му го надомести сето тоа што го исплатил за негова сметка, како и каматата од денот на исплатата (ЗОО, член 1052/1). Тој има право на надомест на трошоците настанати во спор со доверителот од моментот кога го известил должникот за тој спор, како и на надомест на штетата, ако имало штета (ЗОО, член 1052/2).¹¹⁹

Преку решенијата предвидени во членот 1052/1/2 од ЗОО, законодавецот целосно ја заштитил позицијата на гарантот, односно согласно

¹¹⁶ Calamari J.D., Perillo J.M.: Contracts, 1987, p. 94.

¹¹⁷ Медић Д., Личноправна средства обезбедување потраживања јемства, уговорна казна, одустаница), зборник радова са саветовања, актуелности граѓанског и трговачког законодавства и правне праксе, Неум, 2013, стр.17.

¹¹⁸ Spalević Ž., Obligaciono pravo, Beograd, 2013, стр.14.

¹¹⁹ Goldštajn A., Međunarodno trgovačko pravo (konvencije-pravila-opći uvjeti poslovanja), Zagreb, 1970.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

правилата на еквивалентноста во поглед на правата и обврските, односно заемните давања, предвидел максимална заштита на гарантот којшто има право на камата, трошоци и право на надомест на штета што ја претрпел исполнувајќи ја обврската спрема доверителот по налог на должникот.

Во секој случај, законодавецот водел сметка гарантот да нема простор за злоупотреба на својата позицијата, предвидувајќи право на камата исклучиво од моментот кога ја исполнил обврската спрема доверителот. Ова законска обврска којашто го предвидува и правото на камата дава одговор и на погоре проблематизираното прашање **дали гаранцијата како облигационо правно средство за обезбедување на побарувањето, може да се однесува на непарични побарувања или исклучиво на парични побарувања?** Се разбира ова во контекст на една теоретска делиберација и полемика, надвор од практиката каде не само банкарската гаранција, туку и општата гаранција како граѓанско правен институт се однесува на гарантирањето за парично побарување.

Од решението на член 1052/2 од ЗОО, јасно произлегува дека гаранцијата се однесува исклучиво на парично побарување. Иако тоа изречно од никаде не произлегува, фактот што законодавецот предвидел право на камата, укажува на паричното побарување. Имено, во случај на гаранција за непарично побарување, законодавецот не може да предвиди право на камата, со оглед на фактот што за непарично побарување може исклучиво да се предвиди договорна казна. Следствено, решението со право на камата укажува дека интенцијата на законодавецот е да се предвидат решенија кои ќе се однесуваат на гарантирањето на исполнувањето на парична облигацијата.¹²⁰

Во поглед на правото на надоместување на штета по основ на спор настанат во врска со исполнувањето на обврската под гаранцијата од исклучително битно значење е правото на надоместување на штета. Ова посебно ако станува збор за општа гаранција,¹²¹ каде поголема е веројатноста

¹²⁰ Должникот кој ќе задоцни со исполнувањето на парична обврска долгува, покрај главнината, и казнена камата (ЗОО, член 266/1). Договорна казна не може да биде договорена за парични обврски (ЗОО, член 259/3).

¹²¹ Истакнуваме општа во смисла не банкарска гаранција со оглед на фактот дека банкарскиот сектор тргнувајќи од своите општи услови за работење во ниту еден случај не се доведува во

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

гарантот да се впушти во спор со доверителот во однос на правата и обврските кои произлегуваат од преземената обврска за гарантирање. Од законската формулација на член 1052/2 од ЗОО, не е сосема јасно дали кога станува збор се мисли исклучиво на судски спор или се мисли на трошоци настанати за секој спор (*вонсудски*) што настанува помеѓу доверителот и гарантот. Ова дотолку повеќе што се поставува прашањето за договорната штета и вондоговорната штета што може да ја претрпи гарантот.

На теренот на практиката, функционалноста на ова законско решение не ја согледаваме на база на практиката што ја анализираме. Ваквата констатација воопшто не изненадува со оглед на фактот што гарантот е тој којшто има обврска спрема доверителот. По основ на гаранцијата, доверителот нема никаква обврска спрема гарантот и овој сегмент од облигацијата е чисто добротин, односно едностранообврзувачки. Дотолку повеќе што кога ќе настане одреден спор во поглед на исполнувањето на обврската на гарантот спрема доверителот, првиот задолжително го известува главниот должник да ги преземе сите потребни мерки во поглед на спорот, односно да приложи аргументи и докази со кои се отстранува спорот во поглед на обврските на гарантот.

Од друга страна, заслужува внимание да се истакне дека во единствен сегмент во којшто може да се јави спор, е доколку доверителот приговара на исполнувањето на обврската на гарантот, односно гарантот не ја исполни обврската во рок, согласно тврдењата на доверителот.¹²² Во овој контекст единствено може да се јави спор од каде што гарантот може да претрпи штета и истата да ја пријави во побарувањето спрема главниот должник. Се поставува прашањето: *дали гарантот има право на обезштетување или камата доколку настанатата штета произлегува од неговото однесување во поглед на преземената обврска од гаранцијата, или од ненавременото исполнување на обврската што е причина за настанатата камата во смисла*

ситуација да претрпува штета, односно со бројни заштитни клаузули банките го обезбедуваат своето право на заштита, во насока на превенирање на ситуација да дојдат во спор со доверителот во поглед на исполнувањето на обврската на главниот должник.

¹²² Приговор за материјалните недостатоци е исклучен како сегмент од причина што станува збор за парично побарување, а не за стоково побарување.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

на член 266 од ЗОО. Во овие две ситуации членот 1052 од ЗОО не наоѓа соодветна примена, следствено правото на трошоците, штета и камата на полето на практиката подразбира исклучителна ситуација која е можна само доколку гарантот постапувал согласно договореното. Попрецизно, станува збор за теоретска анализа базирана на законските решенија. Во практиката, гарантот нема да се впушти во спор којшто произлегува од интересите на главниот должник. Напротив, согласно општите услови и преземените обврски ќе пристапи кон навремено исполнување на обврските и поместување на својата позицијата по пат на персонална суброгација.

Во поглед на правото на надомест за исполнувањето на облигацијата спрема доверителот, ЗОО предвидува ситуации во кои гарантот го губи правото на надоместот. Како дополнување на ова предвидено е и решението за правото на враќање на исплатеното што произлегува од извршената обврска.

2.1. Губење на правото на надомест

Проучување на гаранцијата како сложено правно дело ја наметнува потребата од темелно проучување на правата и обврските и тоа не само помеѓу доверителот и гарантот, гарантот и главниот должник, туку и помеѓу доверителот и главниот должник. Само на ваков начин возможно е темелно совладување на гаранцијата како граѓанско правен институт и како институт на деловното (*банкарско*) право.¹²³

Заслужува да се истакне внимание дека независно од теоретските тврдења за разграничувањето на односите и обврските помеѓу трите субјекти кај гаранцијата, факт е дека темелното проучување бара јасно и прецизно согледување на поединечните односи и доведување на истите во врска со целокупниот корупс на правата и обврските кои настануваат по основ на гарантирањето.

¹²³ Rock S. M., Provisions of Standard Commercial Guarantee Agreements, 2010, p. 45.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Во контекст на ова ги цитираме и решенијата од член 1055 од ЗОО, став 1 и 2 каде јасно е дека во конкретни ситуации гарантот не може да се однесува индиферетно за обврските коишто ги има главниот должник, бидејќи по прифаќањето на налогот, тој се товари со истите обврски, иако не и со истите интереси. Во насока на ова, **должникот може да ги употреби против гарантот кој без негово знаење извршил исплата на доверителовото побарување, сите правни средства со кои во моментот на таа исплата можел да го одбие доверителовото барање** (ЗОО, член 1055/1).

Од законското решение на оваа одредба произлегува дека единствената обврска за гарантот не е да ја исполни обврската на главниот должник, туку дека тој во секој сегмент од фазите на реализација мора да постапува со внимание на добар домаќин, односно добар стручњак ако станува збор за трговска зделка. Поинаку кажано, гарантот мора да го следи (не)исполнувањето на обврските по основ на главниот договор помеѓу главниот должник и доверителот. Тргувајќи од акцесорноста на облигацијата со која што гарантот се товари, секоја промена во облигациониот однос помеѓу главниот должник и доверителот директно се рефлектира врз статусот на гарантот и неговата позиција во однос на преземените обврски. Илустративно, ако поради променети околности, материјални недостатоци на стварите, смрт (стечај на правно лице) дојде до раскинување на договорот или која било друга промена (*потреба да се пријави побарување со статус на стечаен доверител во смисла на ЗС*), гарантот е должен да ги следи фазите и промените со оглед на фактот што паралелно со главниот должник, со истите обврски од аспект на карактер, обем, вид, временска рамка на исполнување итн., се товари и стамиот тој.¹²⁴

¹²⁴ Во случај на стечај, доверителот има право да се обрати до гарантот, меѓутоа има обврска истовремено да го пријави својот статус на стечаен доверител во смисла на ЗС, како би го обезбедил правото на гарантот по основ на отворената стечајна постапка. Доколку доверителот пропушти да го пријави тоа под условите предвидени во ЗС, гарантот го губи правото спрема главниот должник, меѓутоа за таа сметка се раѓа неговото право спрема доверителот за претрпената штета. Законодавецот во овој сегмент водел максимална сметка за заштита на тројцата субјекти во односот. Ова законско решение е само уште една потврда дека иако независни во односите, субјектите кај гаранцијата имаат одредена заемна условеност што се однесува на заштита на нивната позиција во односот.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Паралелно во смисла на фактот што идентичниот корпус на обврски го товарат и гарантот, **под одложен услов**. Следењето на фазите на (не)исполнување на правата и обврските е во интерес на самиот гарант со оглед на законските решенија предвидени во член 1055/1/2 од ЗОО.

Овие законски решенија во целост кореспондираат со смислата на институт гарантирање и сосема се оправдани, ако се земе предвид фактот дека исполнувањето на обврската на главниот должник честопати е условена и од исполнувањето на обврската на доверителот спрема него. На пример, повредата на правилото на истовремено исполнување на правата и обврските подразбира немање обврска ниту на страната на главниот должник спрема доверителот. Во основа ова значи дека таква обврска нема ниту гарантот со оглед на фактот што обврската на последниот е условена од обврската на првиот (главниот должник).¹²⁵

Превентивно и во насока на заштита на правата на налогодавачот и налогопримачот (гарантот), ЗОО го предвидел и решението: „должникот може да ги употреби против гарантот кој без негово знаење извршил исплата на доверителовото побарување, **сите правни средства со кои во моментот на таа исплата можел да го одбие доверителовото барање**“. Законодавецот нужно морал да води сметка за заштита на главниот должник во случај кога доверителот нема да ги исполни своите обврски спрема него, да не остане неговата обврска спрема гарантот. Во таков случај би се повредило сите основни принципи за еквивалентност и рамноправност на страните во облигационото право.

¹²⁵ Во двостраните договори ниедна страна не е должна да ја исполни својата обврска ако другата страна не ја исполни или ако не е готова истовремено да ја исполни својата обврска освен ако нешто друго е договорено или со закон определено, или ако нешто друго произлегува од природата на работата. Ако на суд едната страна истакне дека не е должна да ја исполни својата обврска додека и другата не ја исполни својата, судот ќе и наложи да ја исполни својата обврска кога и другата страна ќе ја исполни својата. Ако е договорено прво едната страна да ја исполни својата обврска, па по склучувањето на договорот материјалните прилики на другата страна се влошат до таа мера што е неизвесно дали таа ќе може да ја исполни својата обврска, или ако таа неизвесност произлегува од други сериозни причини, страната што се обврзала прва да ја исполни својата обврска може да го одложи нејзиното исполнување додека другата страна не ќе ја исполни својата обврска или додека не ќе даде доволно обезбедување дека ќе ја исполни (ЗОО, член 111/12 и член 112/1).

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Како дополнување на овој механизам за заштита, законодавецот го предвидел и решението според кое: ***гарантот кој исплатил доверителово побарување, а за тоа не го известил должникот, па и овој од незнаење за таа исплата повторно го исплатил истото побарување, не може од должникот да бара надомест, но има право да бара од доверителот да му го врати она што му го исплатил*** (ЗОО, член 1055/2). Ова законско решение е уште една потврда дека единствената обврска на гарантот не е да ја исполни обврската спрема доверителот во случај кога главниот должник нема да го направи тоа, туку истовремено да ги следи сите фази на договорот и да постапува со потребното внимание во прометот.

Иако не станува збор за основни гарантови обврски, сепак, повредата на истите го става во незавидна позиција. Имено во случај кога во практиката ќе настане случајот предвиден во член 1055/1, гарантот мора по правилата за неосновано збогатување да бара поврат на средствата коишто доверителот ги примил од главниот должник. Во насока на ова, гарантот мора да го извести главниот должник за исполнувањето на обврската спрема доверителот.

Во случај на непочитување на оваа законска обврска, законодавецот не предвидел санкција за главниот должник, односно право тој да се обрати до доверителот за поврат на средствата, туку таквата обврска ја предвидел за гарантот со цел да превенира такви ситуации и да го стави последниот во состојба на следење на односите помеѓу должникот и доверителот.

Законодавецот одел дотаму што му забранил на гарантот да се обрати до главниот должник, туку единствено до доверителот. Според нас, ова е сосема логично решение и тоа не само поради превенцијата на гарантот „*будно да го следи односот помеѓу должникот и доверителот,*“¹²⁶ туку и поради самиот факт што со прифаќањето на налогот од страна на главниот должник, неговата обврска е спрема доверителот, оттука и неговите правата во однос на

¹²⁶ УСАИД, Договор за заем, камата и пенали, Програма за извршување и трговско законодавство, 2014, стр. 2-28.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

исполнувањето на содржината на облигацијата треба да се остваруваат спрема доверителот.¹²⁷

2.2. Право на враќање на исплатеното

Законските решенија предвидени во делот - **правото на враќање на исплатеното** по основ на дадената гаранција ја има истата цел и правната природа како и решенијата кои се однесуваат на губењето на правото на надомест предвидени во член 1055/1/2 од ЗОО.¹²⁸ Имено, гарантот кој без должниковото знаење исплатил доверителово побарување, кое подоцна по барање на должникот е поништено или угасено со пребивање, може само да бара од доверителот да му го врати исплатеното.¹²⁹ Во основа ова законско решение ги скратува правата на гарантот спрема должникот, а му дава право на гарантот спрема доверителот. Ваквата констатација во целост кореспондира со образложението што го дадовме погоре во делот за губење на правото на надомест.

Во поглед на ништовноста и пребивање на правното дело помеѓу должникот и доверителот битно е да се истакне дека станува збор за сите ситуации во кои примена наоѓаат одредбите од општото учење, плус сите специфики во делот на можноста за пребивање кои произлегуваат од гарантирањето како сложено правно дело. Имено, според ЗОО секое побарување (*право и обврска*) кое се базира на дело што е спротивно на уставот, законот и добрите обичаи¹³⁰ генерира ништовност во смисла на член

¹²⁷ Во контекст на ова, друго е прашањето за правото на провизија, или правата спрема главниот должник коишто произлегуваат по основ на договор за налог помеѓу главниот должник и гарантот.

¹²⁸ Bebb D., Bonds, Warranties and Guarantees, Fenwick Elliott, UK, 2009, p. 1-7.

¹²⁹ Бабић И., Петровић З.: Облигационо право - посебни део, Београд, 2004;

¹³⁰ Види повеќе за обичајот како извор на право и неговата примена во практиката: Капор В., Примена обичаја и узанси по Закону о облигационим односима, Анали Правног факултета, бр. 3-5, Београд, 1978.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

41 од ЗОО¹³¹ предметот на обврската е недозволен, ако не е во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи.¹³²

Понатаму, во поглед на пребивањето и правните последици од тоа, идентично се применуваат општите правила во делот „*други начини на престанување на обврските*.“¹³³ Имено, гарантот го губи правото по основ на персонална суброгација во случај кога должникот и доверителот ќе го пребијат своето побарување под законски предвидени услови. Попрецизно, гарантот го губи правото во случај спрема доверителот да исполни побарување за кое последниот и должникот (налогодавачот спрема гарантот) се пребиле во поглед на облигацијата за која се договориле.

Според законската формулација ***должникот може да го пребие побарувањето што го има спрема својот доверител со она што овој го побарува од него, ако двете побарувања гласат на пари или други заменливи предмети од ист род и ист квалитет и ако двете се стасани*** (ЗОО, член 325).¹³⁴ Ова законско решение содржано во општиот дел наоѓа соодветна примена и на полето на гарантирање, односно е основ за примена на решението на член 1056 од ЗОО во случај кога главниот должник и

¹³¹ Текстот на оваа одредба, во која стои „и добрите обичаи е идентичен со текстот на член 41 од основниот Закон за облигационите односи, објавен во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001.

¹³² Правните последици за ништовност на правното дело и последиците од тоа предвидени во делот на гаранцијата се применуваат и во случај кога облигацијата помеѓу доверителот и должникот е настаната по основ на адхезионен договор, односно по концептот на склучувањето на типски договори во смисла на ЗОО. Во контекст на ова, истакнуваме дека ништовни се одредбите на општите услови на договорот кои спротивно на начелото на совесност и чесност, овозможуваат очигледен несразмер во заемните давања на страните и како такви создаваат можност од настанување на штета на содоговарачот на составувачот или го загрозуваат постигнувањето на целите на склучениот договор, дури и кога општите услови кои ги содржат се одобрени од надлежен орган (ЗОО, член 131/1). Следствено, ***ако по овој основ се поништи правното дело настанато помеѓу доверителот и главниот должник, а гарантот ја исполнил обврската спрема доверителот на што последниот не се спротиставил, има право да бара враќање на даденото по правилата за стекнување без основ.***

¹³³ Kašanin R., Velimirović T., Opšte uzanse za promet robom sa objašnjenjima i sudskom praksom, Beograd, 1974.

¹³⁴ Пребивање не настанува штом ќе се стекнат условите за тоа, туку е потребно едната страна да и изјави на другата дека врши пребивање. По изјавата за пребивање се смета дека пребивањето настанало оној момент кога се стекнале условите за тоа.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

гарантот ќе проценат дека се исполнети условите од член 325, 326 и 327 од ЗОО.

Во контекст на ова прашање внимание заслужува решението од член 327/1 од ЗОО каде е предвидено дека **должникот не може да изврши пребивање на она што му го должи на доверителот со она што доверителот му го должи на неговиот гарант**. Гарантот може да изврши пребивање на должниковата обврска спрема доверителот со должниковото побарување од доверителот (ЗОО, член 327/2). Овие законски решенија се содржани во општиот дел на ЗОО и кога истите ќе се доведат во врска со гаранцијата, произлегува логиката дека примената на законското решение од ставот 2 на членот 327 е возможна после реализираната персонална суброгација. Во спротивно произлегува контрарадикторност помеѓу општите и посебни решенија. Според нас не станува збор за контрадикторност, туку за важност да се направи разлика помеѓу статусот на должникот спрема гарантот и *vice versa* во поглед на правата што ги имаат спрема доверителот. Оттука и правото на гарантот да изврши пребивање на должниковата обврска спрема доверителот со должниковото побарување од доверителот.

3. Право на гарантот на еден солидарен должник

Гарантот на еден од повеќе солидарни должници може да бара од кој и да било од нив да му го надомести она што му го исплатил на доверителот, како и трошоците.¹³⁵ Ваквата концепција на одговорност произлегува и од општите правила предвидени во општото учење на ЗОО, во делот на **солидарната одговорност и правото на регрес** што произлегува од ситуациите во кои гарантот презел обврска да гарантира за повеќе солидарни должници.¹³⁶

¹³⁵ Види: пресуда на Основен суд Штип, Мал вп., бр. 320/12 <http://www.osstip.mk/Odluki.aspx?odluka=4659>, [пристапено на 21.10.2015 година]. Пресудата е разработена на страница 82 во делот на правото на регрес на солидарниот должник во однос на останатите должници по основ на концептот на солидарна одговорност.

¹³⁶ Медич Д., право обезбедување потраживања, Бања Лука, 2013, стр. 9.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Правото на регрес се однесува како на главното побарување, така и на побарувањето по основ на трошоците на правени во контекст на исполнување на обврските по однос на гаранција. Со оглед на фактот што овој концепт на одговорност го елабориравме и во делот на регресното побарување, во контекст на правото на гарантот на еден солидарен должник ќе го елаборираме низ призмата на судската практика.¹³⁷

Во елаборирањето на ова прашање од битно значење е да се истакне дека „правото на гарантот на еден солидарен должник“ не подразбира право на регрес на гарантот од главниот должник поради исполнување на обврската спрема доверителот. Последното се квалификува како „право на надомест“. Правото на гарантот на еден солидарен должник“ подразбира право на гарантот да се намира од кој било од должниците за којшто ја презел обврската спрема доверителот. Конечно, регресното право следува после намиравањето на побарувањето на гарантот од еден од солидарните должници.

Во контекст на ова е пресудата на Основниот суд Кавадарци во предметот заведен под Малв.П.бр.1313/08 од 24.3.2009 година.¹³⁸

Имено, во текот на 2006 година, второтужениот често пати го посетувал тужителот во неговиот дом, и во една прилика му кажал на тужителот дека имал подигнато земјоделски кредит од Инвест банка, немал можност да го врати и побарал помош и совет од тужителот.

Тужителот му укажал на второтужениот дека тој како невработено лице неможел да биде кредитобарател, и никоја од банките неможела да му одобри кредит. Бидејќи второтужената С. била вработена во правното лице „Вебертекс“ Кавадарци, помеѓу тужителот и второтужениот паднал предлог, второтужената да поднесе барање за кредит во Штедилница Фулм, а тужителот со штедниот влог на парични средства кои му биле орочени во Штедилницата

¹³⁷ Antonijević Z., Privredno pravo, Beograd, 1986.

¹³⁸ Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://www.oskavadarci.mk/Odluki.aspx?odluka=53>, [пристапено на 29 април, 2016 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Фулм, да биде гарант. Врз основа на вака утврдената фактичка состојба судот утврдил дека тужбеното барање на тужителот е основано поради следното:

Од изјавата на тужителот распитан во својство на странка судот прифати за утврдено дека помеѓу тужителот и второтужениот постоело блиско пријателство кое резултирало со меѓусебно посетување и дека второтужениот барал совет од тужителот како да го врати земениот кредит од Инвест банка.

Од изјавата на тужителот и првотужената судот прифатил за утврдено дека тужителот му предложил на второтужениот, првотужената како редовно вработена да се јави како кредитобарател, а тој да им помогне да гарантира со својот штеден депозитен влог што го има во Штедилница Фулм.

Од изјавите судот прифатил за утврдено дека второтужената го прифатила предлогот на својот сопруг и на тужителот и потпишала Договор за кредит со владетелски залог бр.---од 1-12-2006г..

Врз основа на изведените писмени докази и тоа од увидот во Договорот за кредит со владетелски залог, изјавата за редовно отплаќање на кредит, спецификацијата на депозит потпишана од тужителот, судот прифати за **утврдено дека првотужената е кредитокорисник на кредит од Штедилницата Фулм ДОО Скопје филијала Тиквешија во износ од 100.000,00 денари со рок на отплата од 12 месеци и каматна стапка од 14% годишно, со владетелски залог-депозит на тужителот Т.Ј. во вкупен износ на депозитот од 236.600,00 денари.**

Од изјавата на тужителот и првотужената судот прифатил за утврдено дека тужителот и двајцата тужени се договориле, тужените од приходот што ќе го остварат од

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

бербата на грозјето од реколтата 2007г. да го вратат целиот износ на кредитот а за тој период редовно да плаќаат камата на начин што парите на име рата за отплата на камата да му ги даваат на тужителот а тој да ги уплаќа во Штедилницата.

Неспорно е дека тужителот вкупно платил за отплата на кредитот износ од 86.041,00 денари и дека тужбеното барање го прецизира на износ од 85.991,50 денари или само за 50 денари помалку што е нешто сепак поповолно за тужените.

Од увидот во Договорот за обезбедување на депозит склучен на ден 27-12-2006г. помеѓу тужените и тужителот кај Адвокат А. К. судот прифати за утврдено дека второтужениот во чл.5 и чл.6 се согласил доколку првотужената не ги врати паричните средства од кредитот ,тужителот своето побарување да го наплати преку продажба на имотот сопствено на второтужениот а опишан во чл.5 од Договорот.

Од изјавата на тужителот судот прифатил за утврдено дека смислата на склучениот Договор кај адвокатот К.,не била тој да му го земе лозјето на второтужениот туку само да го обезбеди своето побарување.

Согласно одредбите од чл.402 од ЗОО„ Секој должник на солидарна обврска му одговара на доверителот за целата обврска и доверителот може да го бара нејзиното исполнување од кого сака се додека не ќе биде наполно исполнета, но кога еден должник ќе ја исполни обврската таа престанува и сите должници се ослободуваат“.

Од изведените докази а посебно од изјавата на тужителот и првотужената судот прифатил за утврдено дека паричните средства што се подигнати од Штедилница Фулм преку склучениот Договор за кредит каде

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

кредитокорисник е првотужената се земена врз основа на заеднички договор и согласност од двајцата тужени како брачни другари и дека парите од кредитот се употребени за намирување на обврските од порано земенiot земјоделски кредит каде што второтужениот бил кредитокорисник.

Судот смета тоа што подоцна тужените фактички престанале да живеат заедно не влијае на обврските што ги презеле со склучениот договор за кредит и нивната обврска спрема тужителот.

Затоа судот смета дека двајцата тужени се солидарно одговорни спрема тужителот и се должни да му го платат износот од 85.991,50 денари што тужителот го побарува со тужбата затоа што како брачни другари настапиле пред тужителот, паричните средства од кредитот му биле потребни за исплата на нивни заеднички обврски и ветиле пред тужителот дека заедно и ќе ги платат обврските од кредитот од нивниот заеднички приход од грозјето.

Согласно одредбите од чл.439 од ЗОО „Со договор меѓу доверителот и трет, со кој овој се обврзува спрема доверителот дека ќе го исполни неговото побарување од должникот, третиот влегува во обврска покрај должникот. Ова трето лице самостојно и покрај должникот одговара за исплата на долгот. Со пристапување на третото лице кон долгот поранешниот должник не се ослободува од обврската и тој останува и понатаму со истите должности како и порано“.

Солидарната одговорноста на главните должници, односно нивниот законски признаен статус на „солидарни должници“ е предвиден во интерес на

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

гарантот. Покрај концептот на солидарна одговорност, законодавецот во интерес на гарантот го предвидува и правото на претходно обезбедување.¹³⁹

4. Право на гарантот на претходно обезбедување

Обезбедувањето на гарантот во смисла на член 1054 од ЗОО се однесува на обезбедувањето на побарувањето што тој ги има спрема главниот должник, во случај на исполнување на неговата обврска спрема доверителот. По истиот концепт по којшто доверителот го обезбедува своето побарување спрема гарантот и последниот има право во смисла на ЗОО да го обезбеди своето побарување спрема главниот должник, или должници (солидарна одговорност). Ова претставува логична, својствена практика на банкарскиот сектор,¹⁴⁰ а законодавецот го предвидува и во делот на БЗЦ ЦЗЦ договорите. Ова како резултат на фактот што во решението од член 1054 се однесува на општата гаранција. Иако ова не е предвидено со одредбите за банкарска гаранција, обезбедувањето произлегува од добро воспоставената практика и од природата на обезбедувањето, односно природата на работата на банкарскиот сектор. Според законската формулација и пред да го намери доверителот, гарантот кој се обврзал со знаење или одобрение од должникот, има право да бара од должникот да му даде потребно обезбедување за неговите евентуални барања во следниве случаи:

- *ако должникот не ја исполнил својата обврска во рокот на нејзината стасаност,*
- *ако доверителот по судски пат побарал наплата од гарантот и*
- *ако имотната состојба на должникот значително се влошила по склучувањето на договорот за гаранција.*

¹³⁹ Види: <http://www.iasplus.com/en/projects/completed/fi/ias-39-financial-guarantee-contracts-and-credit-insurance>, [пристапено на 28 март, 2016 година].

¹⁴⁰ Банкарскиот сектор има воспоставена практика на обезбедување на побарувањето спрема главниот должник преку договори како од облигационен така и од стварно правен карактер во смисла на Закон за договорен залог („Службен весник на Република Македонија“ бр. 5/2003, 4/2005, 87/2007, 51/2011, 74/2012, 115/2014, 98/2015, 215/2015 и 61/2016).

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Површната анализа на оваа законска одредба може сосема погрешно да се протолкува со оглед на комплексната законска формилација.¹⁴¹ Имено во дефинирањето правото на претходно обезбедување законодавецот во исто време зборува за „известување или одобрување на должникот“, и за „право да бара од него“ обезбедување за неговите евентуални барања во точно одредени случаи. Се поставува прашањето зошто му е потребно одобрување и известување на должникот од страна на гарантот кога последниот обезбедувањето го бара токму од него (*според законската формулација*).

Законодавецот не нагласува за какви средства за обезбедување станува збор, туку единствено ги предвидува случаите во кои гарантот има право на претходно обезбедување. Законодавецот ги предвидел сите потенцијални опасности/ризици во поглед на наплатувањето на правото на гарантот спрема должникот. Последниот основ (*вложувањето на состојбата на должникот*) може да се извлече и од други законски одредби (*анализирани погоре во текстот*), меѓутоа не и случајот кога доверителот ќе поведе постапка спрема гарантот.¹⁴² Во таков случај, гарантот повикувајќи се на член 1054 има право да се обезбеди од репреркусиите од пресудата во случај кога ќе го изгуби спорот.

Токму на овие ситуации примена наоѓа и решението од член 1052/3 од ЗОО, каде е предвидено дека гарантот има право на надомест на трошоците настанати во спор со доверителот од моментот кога го известил должникот за тој спор, како и на надомест на штетата ако имало штета.

5. Обврските на гарантот низ призмата на македонската судска практика

Тргувајќи од фокусот на нашето интересирање на полето на гаранцијата, исторемено од искуството во судската практика, како посебен сегмент за анализа ја издвоивме судската практика, како пример за

¹⁴¹ Види: <http://www.overa.rs/jemstvo-izvod-iz-zakona-o-obligacionim-odnosima.html>, [пристапено на 12 април, 2016 година].

¹⁴² Јанковец И., Привредно право, Београд, 1999, стр. 87.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

имплементација на законските решенија. Сепак, практичните аспекти не ги концентриравме само во овој сегмент од причина што при анализата на одредени прашања спонтано се наметна потреба од анализа на судска практика и потврдување на некои теоретски становишта токму преку практиката.

Од анализата на практиката што ни беше на располагање, констатиравме дека во контекст на одговорноста на гарантот како едно од најкомплексните прашања, исторемено најпознати на практиката е прашањето за одговорноста, особено солидарна одговорноста на повеќе должници. На полето на банкарскиот сектор, во овој сегмент доминира судската практика креирана на полето на обезбедувањето на банките/гаранти. Банките имаат практика при потпишувањето на меницата ¹⁴³ да бараат од должникот (кредитобарателот) меница потпишана од страна на повеќе жиранти како средство за обезбедување на побарувањето во смисла на ЗОО и Законот за меница. ¹⁴⁴

Имено, првостепениот суд утврдил дека поради непочитување на договорот за кредит од 26.11.2010 год. и врз основа на издадена меница од 500,00 ден. протестирана на ден 27.10.2011 год., тужените му должат на тужителот износ од 245.321,00 ден. и износ од 5.350,00 ден. трошоци пред нотар за протест на меница, или вкупен износ од 250.671,00 ден. со наведената законска казнена камата сметана од 27.10.2011 год. до конечната исплата. Имено, според Договорот за кредит за инвестиции за микро и мали претпријатија од 26.11.2010 год., истиот е склучен помеѓу Извозна и Кредитна банка а.д. С. како

¹⁴³ Меницата претставува обгационо правно средство за обезбедување на побарувањето што многу често банките ја користат во контекст на класичната гаранција. Во рамки на магистерскиот труд нема да навлегуваме во делот на обврските и одговорноста со којашто се товари авалистот по основ на потпишаната меница, единствено потенциравме дека двата одделни закони предвидуваат поинаку решенија за одредени прашања иако целта на двата института е идентична. Во контекст на ова, обврската на авалистот останува и тогаш кога обврската за која гарантира е ништовна од било која причина, освен во случај на формален недостаток (ЗМ, член 40/2).

¹⁴⁴ Закон за меница („Службен весник на Република Македонија“ бр. 3/2002, 67/2010 и 145/2015).

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

банка и Трговија на мало со мешовити стоки Б. Т.П. Е. Б. М. од Г. како корисник. Според чл.1.02.1., банката му одобрила на корисникот кредит во износ од 5.300,00 евра во денарска противвредност, под услови утврдени во договорот или на кои истиот упатува. Според чл.2.01., пред користењето на кредитот од овој договор, корисникот на кредитот како средства за обезбедување на обврските по овој договор доставува: Меница со менична изјава потпишана од главниот должник и тројца гаранти: Ш. К., Ј. К. и Е. М., сите од Г., Административни забрани на плати на жирантите Ш. К. и Ј. К., договори за пристап кон доле склучени помеѓу Ш. К. и банката, Ј. К. и банката и Еббар М. и банката и 12 бланко потпишани обрасци ПП 30. Според меничната изјава од 26.11.2010 год., гарантите Ш. К., Ј. К. и Е. М., заради обезбедување на редовна и навремена отплата на обврските по договорот за кредит, пристапиле кон долгот на Трговија на мало со мешовити стоки Б. т.п. Е. М. од Г. и и предале на Извозна и Кредитна банка а.д. С. меница потпишана од главниот должник и гарантите. Со меницата ја овластиле банката да ја пополни дадената меница на меничен износ до висината на достасаните, а ненаплатени обврски по договорот за кредит од 26.11.2010 год., заедно со износот на неплатена камата, како и сите трошоци кои произлегуваат од договорот, а потоа меницата без претходен протест да ја употреби за наплата на достасани обврски по договорот за кредит кои нема да ги плати главниот должник во рокот предвиден во договорот. Меницата достасува за наплата во рок кој ќе го одреди банката.¹⁴⁵

Практиката потврдува дека институтот на гаранцијата го наоѓа своето место и во сферата на кривичното право како мерка на претпазливост. Иако од сосема поинаква природа надвор од концептот на договорното право, ја

¹⁴⁵ <http://www.asgostivar.mk/Odluki.aspx?odluka=7090>, [пристапено на 22, април, 2016 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

наведуваме гаранцијата како инситут за обезбедување во повеќе сфери на правото. Имено, *судот на предлог на странките може да определи гаранција против лице за кое е донесена наредба за спроведување на истражна постапка, ако оцени дека постои основано сомневање дека сторило кривично дело.*¹⁴⁶

Висината на гаранцијата ја определува судот по службена должност и таа секогаш гласи на паричен износ што се определува со оглед на тежината на кривичното дело, личните и семејните прилики и имотната состојба на обвинетиот. *Гаранцијата, по правило, се состои во полагање готови пари, хартии од вредност, скапоцености или други подвижни предмети од поголема вредност што лесно можат да се претворат во пари и да се чуваат, или во лична обврска на еден или повеќе граѓани дека во случаите на бегство, повторување, довршување или сторување на делото со кое се заканува обвинетиот ќе го платат утврдениот износ на гаранцијата.* По исклучок, гаранцијата може да се состои и во ставање хипотека за износот на гаранцијата на недвижни добра на лицето кое дава гаранција, кои лесно можат да се претворат во пари.¹⁴⁷

Практиката посебно доминира во делот на стечајните постапки каде што се зголемува комплексноста посебно во делот на правата на гарантот и останатите учесници во гарантирање. Имено, како најсоодветен пример од судската практика во контекст на ова прашање е пресудата на Основен суд Штип, ТС-14/14 од 27.04.2015. Пресудата во образложението содржи бројни

¹⁴⁶ Во контекст на гаранцијата ЗК предвидува дека изрекувањето на ваква мерка на претпазливост е условена и од посттојењето на одредени околности што:

1) укажуваат на опасност од бегство или

2) го оправдуваат стравот дека обвинетиот ќе го повтори или доврши кривичното дело или ќе го стори кривичното дело со кое се заканува.

¹⁴⁷ Институтот на гаранција игра посебна улога во делот на јавните набавки за што посебно ќе стане збор во делот на банкарската гаранција, во овој сегмент единствено сакавме да ја нагласиме повеќефункционалноста на гаранцијата, односно нејзината примена во повеќе дијаметрално спротивни сфери на правото. Се разбира ова не се однесува на полето на јаваните набавки кои во голем дел се блиски до принципите на приватното право, односно граѓанските договори. Последново посебно се однесува на фазите после склучувањето на договорот за доделување на набавката за која што е распишан тендерот. Види повеќе: Tusevska, Borka and Kosevaliska, Olga (2015) *Правната заштита на јавните набавки низ призмата на кривичното граѓанското и управното право*. International magazine for social sciences "VIZIONE " Skopje, 23 (1). pp. 161-177.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

аспекти на гарантирањето, концептот на солидарна одговорност, аспектите на стечајното право и договорите за кредит, зделки со заинтересирана страна во смисла на ЗТД итн. Со цел да не го обременуваме текстот се задржавме само на одговорноста во делот на гаранцијата.¹⁴⁸

Имено, на база на изнесената фактичка состојба Судот констатира дека договорот за пристапување кон долг од 20.10.2011 година единствено бил во правна сила во моментот на отварањето на стечајната постапка над стечајниот должник – сега тужен АК Џ. АД с.П. – во стечај и истиот како таков е ништовен согласно чл. 457 ст.1 од ЗТД каде е предвидено дека „Секоја зделка (вклучувајќи, без ограничување, заем, кредит, залог или гаранција) во која заинтересираната страна е член на орган на управување, односно надзориот одбор или управителот ,вклучувајќи ги и раководните лица, или акционер на друштвото кој заедно со поврзаните лица поседуваат 20% или повеќе проценти од акциите со право на глас на друштвото или лице кое има овластување да дава упатства на друштвото што се задолжителни, се смета за зделка со заинтересирана страна и се извршува од страна на друштвото во постапка во согласност со одредбите на овој закон,, и чл.460 ст.1 и 7 од истиот закон според кој „Секоја зделка со заинтересирана страна е предмет на претходно одобрување од страна на Одборот на директори односно на надзорниот одбор или на Собранието.

Зделката со заинтересирана страна извршена спротивно на одредбите на овој оддел од овој закон е ништовна „.

Одредбите од цитираните законски одредби упатуваат на фактот дека склучениот договор за пристапување кон долг од 20.10.2011 година е склучен спротивно на цитираните законски одредби и истиот како таков е ништовен по сила на Законот за

¹⁴⁸ Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://www.osstip.mk/Odluki.aspx?odluka=9857>, [пристапено на 17, април, 2017 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

трговски друштва. Ова посебно што тоа го сторил тогашниот генерален директор на сега тужениот З.Д.од С.Н. кој без да има одлука од Одборот на директори или од Собранието на акционери дека се одобрува ваква зделка ја прифатил, а кој истовремено е и единствен содружник на правото лице З. 28 ДООЕЛ од С.Н..

Имајќи го во предвид фактот дека вакви одлуки не се доставени во списите на предметот ниту пак истите се составен дел на договорите за пристапување на долг произлегува дека тужениот преставен од неговиот законски застапник З.Д.немал право да ги склучува ваквите договори во име и за сметка на тужениот. Фактички се работи за поврзани друштва со тоа што правното лице З.28 ДООЕЛ од С.Н. е заинтересирана страна бидејќи поседува повеќе од 20% од акциите на тужениот.

Судот констатира и тоа дека овој договор е склучен во време кога стечајниот должник – сега тужениот бил инсолventен односно не способен за плаќање кое нешто е манифестирано со блокада на неговата сметка, а подоцна и отварање на стечајна постапка . Овој факт му бил познат и на тужителот кој и ја блокирал сметката на тужениот.

Судот ценејќи ја содржината и на двата договори за пристапување кон долг и тоа од 22.10.2009 година и 20.10.2011 година утврди дека договорните страни на ваков начин склучиле договор за гаранција согласно чл.1043 ст.1 од ЗОО каде е предвидено,,

Од гарантот може да се бара исполнување на обврската дури откако главниот должник не ќе ја исполни во рокот определен во писмениот повик (супсидијарна гаранција) „При вакви гаранции за да може да се бара исполнување на обврската од гарантот, потребно е претходно доверителот да биде повикан со писмен повик да ја плати обврската. Согласно

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

одредбите од склучените договори произлегува дека договорните страни се договориле согласно член 2 од договорот тужениот како солидарен должник (емец - платец) без приговор на прв повик, без условно и неотповикливо главниот долг по одобрените кредитни изложености со каматата да ги врати на тужителот, но само во случај до колку тужителот не ги наплати своите побарувања од главниот должник правниот субјект 3. 28 ДООЕЛ од С.Н. вклучувајќи ја и хипотеката која била ставена како гаранција за наплатата на побарувањето. На ваков начин тужениот пристапил кон долг по кредитни изложености кој во моментот на пристапувањето биле обезбедени со договорен залог обезбедени со нотарски акти.

Судот по основ на изнесената фактичка состојба проценил дека тужителот без посебна согласност од пристапувачот кон долгот може да ги наплати своите побарувања од главниот должник, но само до колку главниот должник не ги врати стасаните побарувања со основниот договор. Тужителот во текот на целата постапка не достави доказ дали го наплатил или пак се обидел и дали имало услови најпрво долгот да го наплати од правното лице ТДВУПТЗ 3. 28 ДООЕЛ од С.Н. како главен должник, а ова при фактот што и по утужувањето е извршена делумна наплата од главниот должник.

Сега тужителот имал можност од моментот кога главниот должник не ги исполнил обврските по договорот за кредит да ги активира мениците кој биле доставени од тужениот како гаранција во случај третото лице да не може да ги исполни обврските по договорот за кредит согласно чл.4 од склучените договори за пристапување кон долг, а ваквите меници имаат карактер на извршна исправа.

Имајќи го во предвид горенаведеното судот утврди дека тужбеното барање истакнато од тужителот НЛБ Т.Б.АД С. према тужениот АД Џ. с.Л. - во стечај како гарант - солидарен должник е неосновано во целост од причина што тужителот во текот на постапката не ја докажа веројатноста дека со реализацијата на заложното право нема да успее во целост да

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

го наплати побарувањето по кредитот од главниот должник З. 28 ДООЕЛ од С.Н. Судот ги одби предлозите на полномошникот на тужителот за прекин на оваа постапка поради постоење на претходни прашања и тоа: до конечната реализација на заложното право -хипотека заснована со нотарските акти ОДУ.бр.128/08 на нотар Љ.Д. од С.Н. и ОДУ.бр.335/09 на нотар Б.Н.од С.Н., до правосилното завршување на идни предмети кој ќе ги поведе тужителот против Република Македонија Министерство за финансии С. како и до заклучувањето на отворената стечајна постапка над стечајниот должник З. 28 ДООЕЛ од С.Н.-во стечај, од причина што тужителот до судот не достави никакви писмени докази во поткрепа на ваквите наводи во ситуација кога предметниот спор е поведен по поднесена пријава од сега тужителот НЛБ Т.Б.АД С. до застапникот по закон на сега тужениот без притоа да се стори обид тужителот своето побарување да го наплати од главниот должник или доколку не го наплати да поведе извршна постапка за реализација на обезбедувањето кое било дадено на главниот должник З. 28 ДООЕЛ од С.Н..

За судот е неспорен фактот дека со Решение на Основен суд Ш. Ст.бр.81/14 од 03.10.2014 година е отворена стечајна постапка над должникот ТД за ветеринарни услуги, производство, трговија и земјоделство З. 28 ДООЕЛ од С.Н. по што со решение од 26.12.2014 година се утврдени и оспорени побарувањата на доверителите, па доколку судот одлучи за прекин на оваа постапка тоа ќе влијае на заклучувањето на стечајната постапка над должникот АК Џ. АД - во стечај од с.Л., а со тоа ќе се оневозможи и исплата на доверителите во таа стечајна постапка.

Во пресудата на Основниот суд во Штип содржано е образложение кое го појаснува и статусот на гарантот-платец посебно кога станува збор за трговските договори каде согласно ЗОО позицијата на гарантот секогаш е гарант-платен (солидарна одговорност со главниот должник), освен ако

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

поинаку не е договорно, односно ако солидарната одговорност не е исклучена независно од тоа што станува збор за трговска трансакција.

Во контекст на ова законско решение се поставува прашањето на која трансакција мислел законодавецот кога предвидувал одговорност по концептот на гарант-платец. Дали примената на решението е условена од трговскиот карактер на основната облигација за која се склучува договорот за гаранција, или се однесува на односот помеѓу налогодавачот и гарантот како налогопримачот.

Според нас станува збор за односот којшто настанува помеѓу налогодавачот и налогопримачот во трансакцијата (Б2Б зделка). Доколку решението се толкува согласно на нашето становиште, логични се сите решенија кои се однесуваат на правото на претходно обезбедување на банките и воспоставената практика на обезбедување преку залог, меница итн. Имено, банките мора да се обезбедат дополнително во поглед на остварувањето на своите побарувања спрема главниот должник (*ова посебно кога станува збор за трговски трансакции од поголема вредност или со странски елемент*), бидејќи исклучувањето на клаузулата за одговорност гарант/платец, во целост ќе ја редуцира и обезвредни нејзината улога.¹⁴⁹

Ова од причина што приваниот сектор како гарант ги бара банките, а не трети лице. Тоа е вистинското обезбедување што претставува и сигурност во економска, не само во правна смисла. Кога банката стои како гарант за исполнувањето на одредена трансакција, јасно е дека доверителот многу полесно ќе се впушти во бизнисот со главниот должник.

Оттука, исклучувањето на одговорноста по концептот гарант-платен ја неутрализира во крајна линија го исклучува банкарскиот сектор од полето на гарантирањето. Ова се разбира не оди во прилог на никој од учесниците. Како логична последица на ова толкување е и бројното и обемно обезбедување на банката. Како пример во контекст на ова теоретско прашање е

¹⁴⁹ Enonchong N., The autonomy principle in letter of credit: an illegality exception?, [2006] *LMCLQ* 289-446.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

имплементацијата на законските решенија во пресудата на Основен суд Велес, во предметот ТС.бр.312/10 од 20.4.2011 година.¹⁵⁰

Имено, помеѓу тужителот и второтужениот и помеѓу тужителот и третотужениот склучени се **Договори за солидарна гаранција** со кои второ и третотужениот поединечно се обврзуваат да одговараат спрема тужителот солидарно со првотужениот и со целокупниот свој имот како гарант-платец, се до целосно исполнување на обврските кои произлегуваат од Договорот за кредит вклучувајќи отплата на главницата, каматата, казнена камата, такси, провизии, судски и др. трошоци, а тужителот поседува и меница по видување на износ од 500,00 денари издадена од првотужениот, а авалирана од второтужениот и третотужениот.

Првотужениот не ги исполнувал обврските по Договорот за кредит, поради што тужителот на ден 2.9.2010 год. до тужените доставил последна опомена со која ги известил дека доцнат со плаќање на доспеаните рати од кредитот заедно со каматите. Со оглед дека и покрај тоа тужените не извршиле плаќање на стасаните неплатени обврски од кредитот, тужителот на ден 13.9.2010 год. донел Одлука со која го раскинува Договорот за кредит, а долговното салдо на тужените на ден 13.9.2010 год. изнесува вкупно 13.148,58 Евра во денарска противвредност според среден курс на НБРМ од кои: 12.747,04 Евра на име главен долг, 238,11 Евра на име редовна камата и 2,65 Евра на име казнена камата. Со оглед на тоа, а бидејќи тужителот дошол до сознанија дека недвижниот имот кој е предмет на Договорот за хипотека повеќе не постои, поднел тужба со која барал судот да ги задолжи тужените солидарно да му го платат долгот со камата според закон сметано од 13.9.2010 год. до исплата.

¹⁵⁰ Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://osveles.mk/Odluki.aspx?odluka=1117>, [пристапено на 11, април, 2016 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Како што е предвидено со чл.4 од цитираниот Договор за кредит, на ден 14.9.2007 година помеѓу тужителот како Банка и второтужениот М.Н. од Н. како гарант е склучен Договор за гаранција во кој стои дека Банката – тужителот и првотужениот како корисник на кредит склучиле Договор за кредит од 14.9.2007 год. со бр. 2-90450 со износ на главница од 21.000,00 Евра во денарска противвредност на денот на исплатата и со останати идентични податоци како во чл.1 на погоре цитираниот Договор за кредит, па со потпишувањето на Договорот за гаранција, гарантот – второтужениот се обврзува спрема Банката да одговара солидарно со корисникот на кредитот – првотужениот како гарант-платец со целокупниот свој имот сè до целосно исполнување на обврските од основниот договор, при што одговара спрема Банката солидарно за сите обврски кои произлегуваат од основниот договор – отплаќање на главницата, каматата, казнена камата, такси, провизии, судски и други трошоци.

Со одредбите на договорот покрај останатото, договорните странки предвиделе дека во случај на неисполнување на обврските на корисникот на кредитот, во случај кога Банката еднострано ќе го раскине основниот договор согласно со Општите услови кон договорот за кредит, Банката – тужителот ќе испрати до корисникот на кредитот и гарантот известување во кое бара исплата на целата обврска вклучувајќи ја и главницата и пресметаната но неплатена камата и други трошоци, а доколку во утврдениот рок корисникот или гарантот не ги исполнат обврските, Банката може по своја сопствена проценка да ги наплати своите побарувања спрема гарантот и без посебен налог од неговите парични средства на сите негови сметки кај Банката и идни приливи, како и да се здобие со извршна судска одлука и да побара извршување врз целокупниот имот на гарантот според одредбите од Законот за извршување сè до конечна наплата.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Договорот за гаранција е потпишан и со печат заверен од страна на тужениот и потпишан е од второтужениот како гарант.

Од увид во Договор за гаранција склучен помеѓу тужителот и второтужениот и од увид во идентичен Договор за гаранција склучен помеѓу тужителот и третотужената, двата склучени на ден 14.9.2007 година, судот утврдил **дека второтужениот и третотужената како гаранти секој посебно, се обврзуваат спрема Банката да одговараат солидарно со корисникот на кредитот – првотужениот како гарант-платец со целокупниот свој имот сè до целосно исполнување на обврските од основниот договор.** Секоја од нив одговара спрема Банката солидарно за сите обврски кои произлегуваат од основниот договор – отплаќање на главницата, каматата, казнена камата, такси, провизии, судски и други трошоци.

Од договорните одредби во двата Договори за гаранција, судот недвосмислено утврдил дека **во случај на неисполнување на обврските на корисникот на кредитот, во случај кога Банката еднострано ќе го раскине основниот договор согласно со Општите услови кон договорот за кредит, Банката – тужителот ќе испрати до корисникот на кредитот и гарантот известување во кое бара исплата на целата обврска вклучувајќи ја и главницата и пресметаната но неплатена камата и други трошоци.**

Во делот на судската практика, именуван како гаранцијата низ призмата на македонската судска практика, ја анализираме позицијата на гарантот, неговата одговорност, правата и обврските. Ни се чини овој сегмент придонесе кон потемелното расчистување на теоретските дилеми, посебно кога станува збор за определувањето на односите и содржината на облигацијата по основ на преземени обврски од гаранцијата.¹⁵¹

¹⁵¹ Пресудите се наведени во делот на користената литература како материјал на којшто направивме истражува на практичните аспекти на гаранцијата како граѓанско право дело и како трговска трансакција.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

6. Регрес на исплатувачот спрема другите гаранти

Правото на регрес претставува еден вид *ipso jure* концепт за обезбедување на побарувањето на солидарниот должник/должници, спрема останатите солидарни должници за долгот што првите го платиле спрема доверителот. Концептот на регрес е предвиден во ЗОО во општиот дел, како право на солидарниот должник да се обештети од останатите солидарни должници, доколку пратил повеќе отколку што изнесува неговиот удел во штетата, или во долгот по основ на договорна или вондоговорна облигација.¹⁵² Во контекст на ова, ЗОО изречно предвидува дека во случај кога има повеќе гаранти, па еден од нив го исплати стасаното побарување, тој има право да бара од другите гаранти секој да му го надомести делот што паѓа врз него (ЗОО, член 197).¹⁵³

Во случај останатите солидарни должници доброволно да не го исполнат својот долг спрема солидарниот должник (*сега со статус на доверител спрема нив*), судот ќе процени колку секој од солидарните должници има удел во настанатата штетата, следствено и уделот во долг спрема доверителот (*солидарниот должник од односот со главниот доверител кому сите заедно му биле солидарни должници*). Поконкретно, колку изнесува уделот на секој одделен должник определува судот со оглед на тежината на неговата вина и тежината на последиците што произлегле од неговото дејствување (ЗОО, член 197/2). Во случај на неможност да се утврдат уделите на должниците, врз секого паѓа еднаков дел, освен ако справедливоста бара во конкретниот случај да се одлучи поинаку (ЗОО, член 197/3).

Овие законски решенија од општиот дел соодветно се применуваат и на концептот на регрес кај гаранцијата и банкарската гаранција. Регресот му го

¹⁵² Види пресуда на Основен суд Штип во спорот: Мал вп., бр.320/12 достапно на: <http://www.osstip.mk/Odluki.aspx?odluka=4659>, [пристапено на: 21.10.2015 година].

¹⁵³ Види повеќе: Јанковец И., Тумачење уговора у привреди, Право и привреда, број 5-8, Београд, 2003.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

гарантира правото на регресна тужба на гарантот во случај исполнување на солидарната обврска во целост.¹⁵⁴

На полето на гаранцијата и банкарската гаранција, концептот на штета е изречно уреден во *lex specialis* решенијата од ЗОО, регрес на исплатувачот спрема другите гаранции. Во контекст на примената на член 1057 е пресудата *Мал вп., бр.320/12 на Основниот суд Штип, од 18.1.2013 година*. Имено, во тужбата тужителот наведува дека заедно со тужените *врз основа на извршна исправа нотарски акт Оду.бр.123/07 од 6.6.2007 год. биле солидарни должници према доверителот С.б. АД С.*

Со налог за извршување И.бр.22000/08 од 04.02.2010 год.на извршител В. С., а за спроведување на извршување во вредност од 76.670,00 денари по основ на погоре наведената извршна исправа целокупниот долг се наплатил од гарантот сега тужителот.

Со заклучок И.бр.2200/08 од 24.1.2010 год. предметното извршување било запрено поради целосна исплата на долгот од страна на гарантот сега извршителот.

Тужителот во повеќе наврати се обратил до сега тужените да си ги подмират своите обврски спрема него, но до денот на поднесувањето на тужбата тие тоа не го сториле. Од претходно наведените причини тужителот ја поднесува предметната тужба и му предлага на судот да донесе пресуда со која тужбеното барање на тужителот ќе го усвои на начин што ќе се задолжат тужените И.М. и Б.М. од Ш. солидарно да му платат на тужителот износ од 76.670,00 денари со казнена камата по каматна стапка во висина според ЗОО сметано од 24.10.2010 год.како ден на втасаноста на обврската па до конечната исплата како и да му ги надомести трошоците во постапката.

¹⁵⁴ Glavaš j., Putnik m., regresna potraživanja garancijskog fonda – odgovornost vlasnika neosiguranog vozila za isplatu regresnog duga, OS Varazdin, P-1260/02 of 14. 10. 2003.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

По основ на изнесената фактичка состојба и изведените докази, Судот констатирал дека тужителот и сега тужените со потпишување на мениците и изјавата во форма на нотарски акт (*изјава за уредување на права и обврски на потписници на меница со извршни клаузули мениците, се обврзале сите тројца како гаранти-емци спрема доверителот С.б. АСД С., дека ќе ја исполнат стасаната обврска на должникот В.-М. ДООЕЛ Ш., па како доверителот во извршна постапка го наплатил своето стасано побарување во износ од 76.670,00 денари само од едниот гарант сега тужителот, судот одлучи согласно член 1057 од ЗОО и ги задолжи тужените да му платат на тужителот износ од 51.112,00 денари на име регрес што претставува 2/3 две третини од вкупниот долг како дел од обврската што паѓа врз сега тужените како солидарни должници.*

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

ТРЕТА ГЛАВА

III. ОДГОВОРНОСТ И СЛУЧАИ НА ОСЛОБОДУВАЊЕ ОД ОДГОВОРНОСТ НА ГАРАНТОТ СПОРЕД МАКЕДОНСКОТО ПОЗИТИВНО ПРАВО И ПРАКТИКА

1. Концептот на солидарност на гарантите кај договорот за гаранција

Одговорноста на гарантот во односот со налогодавачот (главниот должник) и доверителот наметнува бројни дилеми за коишто елабориравме погоре во текстот. Почнувајќи од дефинирањето на поимот на гаранцијата, правата и обврските по основ на гаранцијата, сосема спонтано при анализа на секое од прашањето се наметнуваше и одговорноста како неизбежен сегмент во анализата на основните концепти. Имено, одговорноста ја предвидовме во посебна глава, на самиот почеток, спонтано, систематски и постепено ги анализиравме и најсуштествените прашања на полето на одговорноста на гарантот. Ова посебно ако се има предвид дека покрај гарантовата одговорност, во контекст на ова проблематика се наметнува прашањето за одговорноста и на другите учесници и тоа: главниот должник, и доверителот. Во случај кога станува збор за постоење на гарантов гарант, се отвора ново прашање на полето на одговорноста.

Во деловната практика како суштествено битно прашање (*посебно наметнато од банкарското сектор*) се појави прашањето за случаите од ослободување од одговорност на гарантот.¹⁵⁵ Ова не во смисла на општите услови предвидени во членот 252, туку со посебни одредби кои ја наоѓаат својата примена во точно определени законски услови. Имено, тоа не ја исклучува примената на општото учење во смисла: должникот се ослободува од одговорноста за штета ако докаже дека не можел да ја исполни својата обврска, односно дека задоцнил со исполнувањето на обврската поради

¹⁵⁵ Goode R., op. cit., p. 11

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

вонреден настан што се случил по склучување на договорот, а кој не можел да го спречи, избегне или отстрани (ЗОО, член 252).

Понатаму, одговорноста на должникот за намерата или крајното невнимание не може однапред со договор да се исклучи или да се ограничи. (ЗОО, член 254/2).¹⁵⁶ Судот може, по барање од заинтересираната договорена страна, да ја поништи и договорната одредба за исклучување или ограничување на одговорноста за обично невнимание, ако таквата спогодба произлегла од монополската положба на должникот или воопшто од нерамноправниот однос на договорните страни.

Сепак, *in concreto*, станува збор за решенијата содржани во член 1050 и 1051 од ЗОО и тоа: ослободување на гарантот поради доверителото одложување и одбодување на гарантот поради напуштање на гаранциите.

2. Ослободување од одговорност на гарантот

2.1. Ослободување на гарантот поради доверителовото оддолжување

Правото на ослободување на гарантот поради доверителовото одложување логично произлегува од интересите на гарантот, односно интересите врзани за обезбедувањето на правната сигурност во правниот промет. Кон сето ова нужно мора да се додаде дека гарантот не се обврзува засекогаш, односно дека гарантот мора да знае до кога е неговата обврската да гарантира за наплатата на побарувањето на доверителот спрема главниот должник.¹⁵⁷ Имено, во случај законодавецот да не ги предвидел овие два основа за ослободување од одговорност на гарантот, ризикот и дестабилизирањето на позицијата на гарантот во деловниот промет ќе беше на дневен ред на бројни научни и стручни дискусии, дебати и тркалезни маси. Ова од причина што и

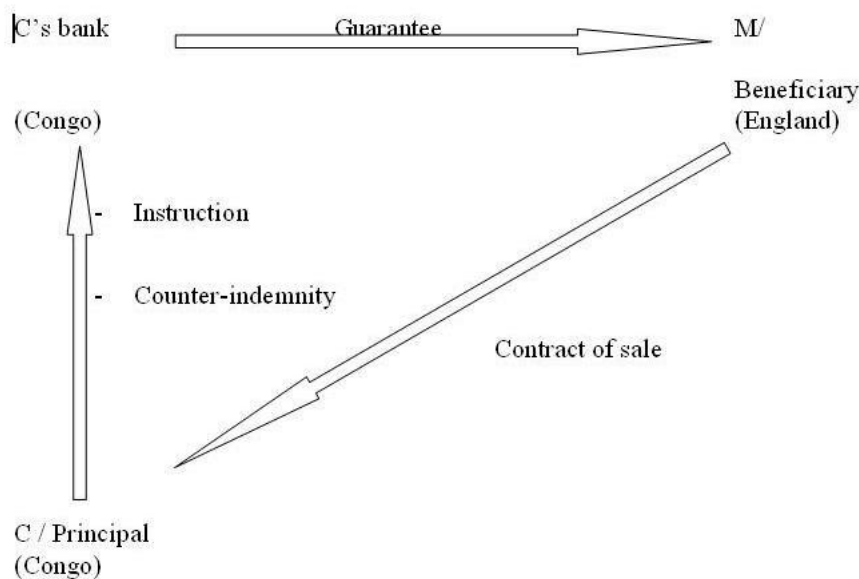
¹⁵⁶ Текстот на оваа одредба, во која стои „договорена страна“, е идентичен со текстот на член 254 став (2) од основниот Закон за облигационите односи, објавен во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001.

¹⁵⁷ Kayembe G.L., The fraud exception in bank guarantee, USA, 2008, p. 18.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

гарантот (без разлика дали станува за општа или банкарска гаранција) секојдневно влегува во облигации од кои побарува и долгува. Следствено опасноста од работа со загуба и отворање на стечајна постапка нема да биде исклучок дури и за банкарскиот сектор.

Сликата е преземена од: ¹ Kayembe G.L., *The fraud exception in bank guarantee, USA, 2008, p.*



Точно е дека застареноста претставува еден вид на заштитен механизам, меѓутоа практиката покажала, а теоријата потврдила дека тоа не е доволно. Оттука, според законската формулација на членот 1050/1 од ЗОО, гарантот се ослободува од одговорност ако доверителот, **на негов повик по рокот на стасаноста на побарувањето**, не бара исполнување од главниот должник во рок од еден месец од денот на тој повик.¹⁵⁸ Кога рокот за исполнување не е определен, гарантот се ослободува од одговорноста ако доверителот, на негов повик по истекот на една година од склучувањето на договорот за гаранција, не ја направи во рок од еден месец од тој повик

¹⁵⁸ Види повеќе: <http://www.spirelaw.com.au/bank-guarantee-good-security/>, [пристапено на 18 мај, 2016 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

потребната изјава за определување на датумот на исполнувањето (ЗОО, член 1050/1/2).¹⁵⁹

Исполнувањето на кој било од двата наведени услови претставува можност за гарантот да се ослободи од одговорноста што ја презел спрема главниот должник. Ова сосема логично ако се земе предвид фактот дека гарантот не смее да се изложува на ризици, како и фактот дека доверителот нема само право, туку и обврска да го преземе исполнувањето по основ на кое тој должи на главниот должник. Во насока на ова законодавецот го предвидува и ослободувањето на гарантот во случај на напуштање на гаранциите.

2.2. Ослободување на гарантот поради напуштање на гаранциите

Според законската формулација ако доверителот го напушти залогот или некое друго право со кое било обезбедено исполнувањето на негово побарување, или го загуби со свое невнимание и така го оневозможи преминувањето на тоа право врз гарантот, овој се ослободува од својата обврска спрема доверителот за онолку колку што би можел да добие со вршење на тоа право.¹⁶⁰

Со залогот се обезбедуваат парични и друг вид побарувања, чија вредност е изразлива во пари, што доверителот ги има во однос на својот должник од одреден облигационен однос на тоа право (ЗОО, член 1051/1).¹⁶¹ Покрај овие побарувања, со залог се обезбедуваат и побарувањата на иматели на обврзници што ги имаат во однос на издавачот на обезбедените обврзници, издадени во согласност со законот со кој се уредуваат хартиите од вредност (ЗДЗ, член 2/2). Побарувањата обезбедени со залог, ако не бидат исполнети во рокот на нивната пристигнатост, заложниот доверител нив може да ги намира од вредноста на предметот на залогот или под услови и начини предвидени со

¹⁵⁹

<https://legalvision.com.au/tag/difference-between-security-deposits-and-bank-guarantees/>, [пристапено на 26 април, 2016 година].

¹⁶⁰ Текстот на оваа одредба, во која недостасува точка на крајот, е идентичен со текстот на член 1051 став (1) од основниот Закон за облигационите односи, објавен во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001.

¹⁶¹ ЗДЗ, член 2/1.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

овој закон за да се стекне со право на сопственост врз предметот на залогот (lex commissoria, ЗДЗ, член 2/3).¹⁶²

Законските решенија предвидени во контекст на губењето на правото на обезбедување на гарантот поради пропуст доверителот, претставува еден вид на санкција за првиот и заштита на интересите на вториот. Иако главната обврска на гарантот да обезбеди исполнување на одредена обврска, тоа никако не може да се доведе во состојба на „ризик“ да биде злоупотребен во смисла на неможност на наплатување по основ на правата што му следуваат.¹⁶³ Губењето на стварноправните и облигационо правни средства за заштита, го доведува во прашање наплатувањето на неговото право спрема главниот должник во случај кога по пат на суброгација тој стапил на местото на доверителот. Следствено, од овде произлегуваат обврските на доверителот во основ на гарантот. Иако на почетокот на неколку места констатиравме еднообразност во смисла на постоење на обврски само на гарантот спрема доверителот, а не *vice versa*, јасно е дека и за доверителот произлегуваат обврски чија повреда рефлектира соодветни санкции. Се разбира овие обврски не ги вметнуваме во категоријата на основни обврски.

3. Правните последици од стечајот врз договорот за гаранција

Стечајот и стечајната постапка се предмет на уредување во ЗС и во рамки на ЗС предвидени се правните последици од отворањето на стечајната постапка. Стечајот е еден од начините на престанок на облигациите во генерален контекст. Ова посебно кога станува збор за лична облигација која престанува со донесувањето на решението за отворање на стечајна

¹⁶² Рачниот залог може да се заснова со предавање на предметот во владение (владетелски залог) или без негово предавање во владение (невладетелски залог), а хипотеката се засновува само како невлдетелска. Предмет на рачниот залог може да биде подвижна ствар, хартија од вредност, одредено имотно побарување или друго право, а предмет на хипотеката само одредена недвижност, односно ствар изедначена со недвижност, со овој или друг закон.

¹⁶³ Пржеvsка Т., Предмет на правото на договорен залог и начин на стекнување, Скопје, стр. 1-36.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

постапка.¹⁶⁴ Во деловната практика што во сферата на гарантирањето во голема мерка подразбира банкарски сектор, отворањето на стечајната постапка создава правни последици кои се рефлектираат на повеќе аспекти на правниот статус на сите учесници кои ги тангира решението за отворање на стечајната постапка.

Правните последици од отворањето на стечајната постапка настапуваат наредниот ден кога огласот за отворање на стечајната постапка *ќе биде истакнат на огласната табла* (ЗС, член 136/1). Правните последици од стечајната постапка се рефлектираат на сите статусно правни и облигационо правни прашања.

Отворањето на стечајната постапка има реперкусии од трудово правен карактер, стварно правен карактер итн. Имено, со отворањето на стечајната постапка се наметнуваат прашањата за статусот на работниците, акционерите, менаџментот итн. Тоа што е на пр. предмет на интерес е влијанието на стечајната постапка врз облигационите односи, односно склучените договори кои може да бидат од долготраен и краткотраен карактер.¹⁶⁵

Од денот на отворањето на стечајната постапка, доверителите добиваат статус на стечајни доверители и своите побарувања може да ги остваруваат исклучиво во стечајна постапка (*физичко или правно лице кое по која било основа има побарување спрема стечајниот должник, а кое настанало пред отпочнување на стечајна постапка*).¹⁶⁶

Правните последици од отворањето на стечајната постапка имаат одредени специфики и тоа зависно од карактерот на облигацијата во смисла

¹⁶⁴ Судот кој донел решение за отворање на стечајната постапка е исклучиво надлежен за решавање по тужбите за утврдување на оспорените побарувања кои настанале по отворањето на стечајната постапка. Судот пред кој се водат постапките е должен по барање на судот којшто донел решение за отворање на стечајна постапка, без одлагање, да го достави предметот со сите списи (ЗС, член 6/2).

¹⁶⁵ Тушевска Б., Правната судбина на долготрајните облигации после отворањето на стечајната постапка, *Стручно списание*, Правник, Скопје, 2012, стр. 7-18.

¹⁶⁶ Стечај или реорганизација над стечајниот должник се спроведува кога стечајниот должник е неспособен за плаќање, односно му претстои идна неспособност за плаќање. Должникот е неспособен за плаќање ако во период од 45 дена од која било негова сметка, кај кој било носител на платниот промет, не е исплатен износот што требало да биде исплатен врз основа на важечките основи за плаќање (ЗС, член 5/1/2).

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

долготрајни и краткотрајни облигации.¹⁶⁷ Кај договорот за гаранција како краткотрајна облигација, специфичноста е уредена во посебниот дел каде се предвидени одредбите за гаранција и правните последици од отворањето на стечајна постапка врз главниот должник.¹⁶⁸ Имено, во случај на стечај на главниот должник доверителот е должен да го пријави своето побарување во стечајот и за тоа да го извести гарантот, инаку му одговара на гарантот за штетата што би ја имал овој поради тоа (ЗОО, член 1046/1). Од решението предвидено во член 1046/1 од ЗОО произлегува уште една обврска на доверителот спрема гарантот и тоа под закана дека во случај на неисполнување, односно пропуст, се товари со одговорност за штета спрема гарантот. Ваквото законско решение е во функција на заштита на позицијата на гарантот, односно тој мора да има право на регрес, па дури и како стечаен доверител¹⁶⁹ доколку над должникот се отвори стечај. Сепак, правните последици од отворањето на стечајната постапка се различни зависно од тоа дали станува збор за стечај над главниот должник, стечај на гарантот или стечај на доверителот.

Гарантот нема статус на стечаен доверител во моментот кога главниот должник ќе падне во стечај. Статусот на стечаен доверителот го стекнува во моментот кога доверителот ќе се обрати до него за исполнување на обврската по основ на гаранција и кога ќе го пријави побарувањето во стечајната маса. Во тој случај гарантот доаѓа на местото на доверителот и се јавува во стечајната маса со право на намирување сразмерно на големината на побарувањето што го има во однос со останатите стечајни доверители.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Collins H., The Law of Contract, 2003.

¹⁶⁸ За правните последици и влијанието на стечајот врз долготрајните облигации види повеќе: Тушевска Б., Правната субина на долготрајните облигации после отворањето на стечајната постапка, Здружение на правници, Правник, 2010, Скопје.

¹⁶⁹ Побарувањата на стечајните доверители се категоризираат во повисоки и пониски исплатни редови. Побарувањата на стечајните доверители од понизок исплатен ред можат да се намират дури откако во целост ќе бидат намирени побарувањата на доверителите од претходниот (повисок) исплатен ред. Побарувањата на стечајните доверители од ист исплатен ред се намируваат сразмерно на големината на побарувањата (ЗС, член 116/1/2).

¹⁷⁰ Во контекст на елаборирањето на прашањето за битно е да се разграничи статусот на стечајните доверители од доверители на стечајната маса. Во овој контекст е решението

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Во насока на ова е пресудата на Основниот суд во Струмица во предметот заеден под ТСЖ-269/09 од 15.10.2009 година. Имено,

со пресуда П/С.бр.100/06 од 16.4.2008 година тужбеното барање на тужителот со кое барал наспрема тужениот да се утврди побарување, во износ од 331.318,93 УСД Долари која одговара на денарска противвредност сума од 15.441.284,50 денари, на име главен долг со домицилна камата на главниот долг од 331.318,93 УСД сметано од 28.2.2005 год., односно од отварање на стечајната постапка до денот на конечната наплата.

Не спорно во текот на постапката од извршениот увид во наодот и мислење на вештото лице е утврдена висината на неисплатениот износ према инопартнерот од 331.318,93 УСА долари. Сепак, првостепениот суд не го зел предвид фактот дека тужбата е поднесена против тужениот на кој е отворена стечајна постапка, а неговото побарување произлегува од две гаранции и тоа издадени од 26.09 и 26.04.1986 година. При одлучувањето првостепениот суд не ги имал во предвид одредбите од Законот за стечај кој ги регулираат предметните правни односи меѓу странките.

Во чл. 77 ст.1 од Законот за стечај е предвидено дека солидарните должници и гарантите на должникот можат да го пријават своето побарување што тие ќе го стекнат во иднина против должникот по основ на правото на регрес, само ако

содржано во член 133 од ЗС, каде е предвидено дека од стечајната маса најнапред се намираваат трошоците на стечајната постапка и другите обврски на стечајната маса (ЗС, член 133). Иако ова решение не дава директен одговор на прашањето за доверителите на стечајната маса, индиректно укажува на фактот дека стечајни доверители се доверителите кои го имаат статусот на доверители во моментот на отворањето на стечајната постапка. Наспроти оваа категорија, доверителите на стечајната постапка се доверителите кои после отворањето на стечајната постапка стануваат доверители, односно стекнуваат одредени побарувања директно од стечајната маса. Ова законско решение во контекст на правото на трговецот во стечај да ги презема нужните потребни дејствија за завршување на постапката и намиравање на доверителите. Во реализирањето на овие обврските, друштвото во стечај ќе се обрзе спрема одредена категорија на субјекти коишто во тој момент стекнуваат статус на доверители на стечајната маса.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

релевантниот доверител не го пријавил своето побарување. Неспорно е утврдено дека релевантниот доверител и на партнерот го нема пријавено своето побарување во стечајната постапка. Во став 3 од истиот член е предвидено дека солидарните содолжници и гарантот можат да поднесат и барање да им се обезбеди износот што ќе го платат за должникот сразмерно на износот би им припаднал како стечајни доверители.

Според овој став од чл. 77 од Законот за стечај произлегува дека поднесувањето на барањето на гарантот да му се обезбеди износ што ќе го плати должникот не е условено со тоа да тоа плаќање предходно било извршено од страна на банките. Во став 4 од истиот член е предвидено дека одредбата од став 3 на овој член соодветно се применува и на барањата на банките и на другите лица за обезбедување на средствата за наплата на можните побарувања и тоа по основ на банкарски гаранции или неотповикливи документираны акредитиви што ќе бидат платени за должникот.

Од погоренаведеното јасно произлегува дека првостепениот суд погрешил кога овие побарувања на банката по гаранциите ги сврзува со фактот дека истите не биле платени од тужителот поради што неговото барање е неосновано.¹⁷¹

3.1. Влијанието на стечајот и стечајната постапка на главниот должник

Отворањето на стечајната постапка врз главниот должник го трансформира доверителот во стечаен доверител со соодветни импликации во поглед на обврските. Сепак доверителот којшто е обезбеден по основ на

¹⁷¹ Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://www.asstip.mk/Odluki.aspx?odluka=501>, [пристапено на 23 април, 2016 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

гаранција има одреден „*привилигиран статус*“ во однос на останатите стечајни доверители. Ваквата констатација ја базираме на фактот што сите останати стечајни доверители имаат можност единствено за сразмерно намирување во стечајната маса. Наспроти ова, доверителот којшто бил обезбеден со гараниција во случај на стечај може да се наплати од гарантот, со единствена обврска да го пријави побарувањето што подоцна по сила на закон ќе му се пренесе на гарантот. Сепак, законодавецот нецелосно јасен во решението што се однесува на статусот на доверителот, односно стечајниот доверител. Имено, факт е дека со пријавувањето доверителот има право на наплата на своето побарување од гарантот, меѓутоа дали непријавувањето на правото на гарантот значи губење на неговото право спрема гарантот, или единствено право на штета како компензација за пропуштеното.

Теоретски анализирано правото на штета не може да се изедначи со правото на побарувањето што го има спрема главниот должник. Имено, доколку доверителот не го пријави побарувањето што го има спрема стечајната маса на главниот должник, автоматски тоа право го губи и гарантот, меѓутоа во овој случај гарантот има право на штета во висина на сразмерното побарување што би го добил од стечајната маса согласно законското рангирање на доверителите. Наспроти ова, гарантот има право на целокупното побарување што доверителот го имал спрема должникот. Со оглед на фактот што станува збор за иста вредност на побарувањето, гарантот при намирувањето од стечајната маса е во незавидна состојба со оглед на фактот што не се наплатува во целост. Оттука и логиката дека дури и во случај доверителот да не го пријавил побарувањето, е обврзан да плати штета што е помалку во однос на целокупното побарување.

Во контекст на ова е пресудата на Основниот суд во Прилеп, ТС1-11/14, донесена по основ: утврдување на оспореното побарување по ОДУ бр. 155/08 од 31.3.2008 година.¹⁷² Имено,

¹⁷² Со цел да не го обременуваме текстот, во овој сегмент ги елабориравме клучните поените од образложението на пресудата. И покрај тоа пресудата е обемна, меѓутоа на наше мислење тоа е сосема оправдано со оглед на фактот дека истата ќе послужи за проучување на повеќе аспекти на догоорот за гаранција и правните последици од стечајот. Целокупниот текст на

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Помеѓу тужениот во оваа постапка М.К.ДООЕЛ.П. како подизведувач и А.Б.Г.Ф.Т. како изведувач во месец јануари 2007 година бил склучен Договор за подизведба за изградба на патот ... како дел од VIII-иот Пан-европски коридор. Во договорот било определено дека изведувачот ќе му исплати на подизведувачот, сега тужениот бескаматен заем за ангажирање по правилно издадена ф-ра, а во рок од 15 дена од приемот на неотповиклива, безусловна банкарска гаранција наплатива по прво писмено барање и издадена од страна на првокласна банка одобрена од изведувачот во износ од 1.149.408,67 евра. При тоа било предвидено дека крајниот датум на истекот на банкарската гаранција за авансна уплата немало да биде порано од 70 дена после очекуваниот истек на периодот на завршување, со тоа што подизведувачот-тужениот требало да ја продолжи валидноста на гаранцијата доколку авансната уплата не била отплатена 28 дена пред истекот на крајниот датум на гаранција, сè до нејзината целосна отплата.

Врз основа на точка 5.2 од Договорот за подизведување на ден 8.2.2008 година бил склучен Договор за издавање на девизна краткорочна авансна гаранција помеѓу тужителот ... банка како гарант и тужениот М.К.ДООЕЛ.П. како должник. Во членот 1 од овој договор било предвидено дека тужителот-гарантот издавал краткорочна авансна гаранција на должникот-тужениот во износ од 1.149.408,67 евра и со истата гарантирал на А.Б.Г.Ф.Т. дека тужениот-должникот правилно и совесно ќе ги исполни обврските во согласност со одредбите и условите од основниот договор. Во членот 2 од овој договор било предвидено дека гарантот-тужителот се обврзувал спрема корисникот на гаранцијата во случај должникот-тужениот да не ја исполнува обврската правилно и совесно во рокот на достасаноста, истиот да му ја измири

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

обрската доколку бидат исполнети условите наведени во гаранцијата. Во членот 4 од овој договор било предвидено дека гаранцијата била во важност од денот на уплата на авансот од страна на корисникот на гаранцијата на сметка на должникот-тужениот па до 30.1.2009 година, по истекот на кој рок банката била ослободена по основ на оваа гаранција.

Во членот 5 од овој договор било предвидено дека платените износи по гаранцијата од страна на гарантот-тужителот од денот на плаќањето се претвораат во достасан кредит. Во членот 8 од договорот покрај другите инструменти за обезбедување, било предвидено дека должникот-тужениот пред издавање на гаранцијата требало да обезбеди залог на побарувањата по основ на склучениот договор со корисникот на гаранцијата. Согласно тоа помеѓу тужителот како заложен доверител и тужениот како должник-заложен должник бил склучен Договор за залог – невладетелски регистриран залог чиј предмет согласно член 1 од договорот било паричното побарување на износ од 5.747.043,34 евра кое должникот-заложен должник, сега тужен го имал спрема А.Б.Г.Ф.Т. врз основа на Договорот за подизведба бр.11-20/03 од 28.01.2008 година, а согласно член 2 од договорот како обезбедување на евентуалното парично побарување на доверителот-тужителот во износ од 1.149.408,67 евра со камата и други трошоци кое потекнувало од Договорот за издавање на девизна краткорочна гаранција бр.08-366/2 од 30.01.2008 година, врз основа на претходно донесена Одлука за задолжување и заложување донесена од страна основачот и сопственик на тужениот М.АД.П. Склучениот Договор за залог – невладетелски регистриран залог заведен кај тужителот под бр.3-366/5 од 28.03.2008 година бил потврден – солемнизиран кај нотар ..., од П. под ОДУ бр.155/08 на ден 31.03.2008 година.

На ден 17.5.2013 година со решение Ст.бр.85/2013 Основен суд Прилеп објавено во Сл.весник на РМ бр. ... од 21.05.2013 година отворил стечајна

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

постапка спрема основачот на тужениот, Д.П.М.М.К.М.АД.П. и ги повикал доверителите во рок од 30 дена, а разлачните доверители во рок од 15 дена од објавувањето на огласот во Службен весник на РМ да ги пријават своите побарувања кај стечајниот управник.

Разлачното право¹⁷³ по ОДУ бр. 155/08 - Солемизација – потврдување на приватна исправа на Договорот за залог – невладетелски регистриран залог на нотар ..., од П било оспорено поради тоа што стечајниот должник не бил учесник во нотарскиот акт и поради тоа што доверителот-тужителот немал доставено докази дека банкарските гаранции се активирани и наплатени, при што тужителот е упатен да поведе спор против странката која го оспорувала заради утврдување на оспореното побарување.

На база на изнесената фактичка состојба, судот ја одбил како неоснована тужбата на тужителот истакнувајќи ги следново:

тужбата е поднесена за утврдување на побарување кое произлегува од склучен Договор за издавање на девизна краткорочна авансна гаранција судот го имаше во предвид чл.1122 ст.1 од ЗОО, според кој со банкарската гаранција банката се обврзува спрема примачот на гаранцијата (корисникот) дека во случај трето лице да не му ја исполни обврската во рокот на стасаноста, ќе му ја намири обврската ако бидат исполнети условите наведени во гаранцијата. При тоа не е спорно дека

¹⁷³ Во елаборирањето на прашањето за влијанието на стечајот врз договорот за гаранција и проучување на статусот на стечајниот доверител *versus* гарантот при отворањето на стечајната постапка, од суштествено значење е да се разграничи статусот на разлачните со излачни доверители и статусот на доверителот чие побарување е обезедено со лична гаранција од страна на трет лице (гарант). Имено, статусот на стечаен доверителот во смисла на ЗС во елаборираната пресуда не произлегува од банкарската гаранција, туку од невладетелскиот залог во смисла на ЗСИДСП. Имено, во смисла на ЗС доверителите кои имаат заложно право или право на намирување на некој предмет или право **што се запишани во јавни книги** (во Државниот завод за геодетски работи, Централниот регистар, во други соодветни регистри и слично), имаат право на одвоено намирување на тој предмет или право според закон. Во поглед на излачните доверители, законот е изречен дека не станува збор за стечајни доверители, истите немаат обврска да пријават побарување во стечајната маса. Ова од причина што излачните доверители не се стејјни доверители. Во смисла на член 125/1 од ЗС Лице кое врз основа на свое стварно или лично право може да докаже дека некој предмет не спаѓа во стечајната маса, не е стечаен доверител. Неговото право на издвојување на предметот ќе се утврдува според правилата што важат за остварување на тие права надвор од стечајната постапка.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

заради обезбедување на евентуалното парично побарување на заложниот доверител, сега тужителот спрема должникот-заложен должник, сега тужениот во износ од 1.149.408,67 евра кое произлегувало од Договорот за издавање на девизна краткорочна авансна гаранција согласно чл.14 ст.1 од Законот за договорен залог бил заснован невладетелски регистриран залог на паричното побарување на заложниот должник-тужениот во износ од 5.747.043,34 евра по Договорот за подизведба цитиран погоре. Не е спорно и дека во самата солемнизација било предвидено тужителот, како заложен доверител да може непосредно врз основа на договорот да бара реализација на неговото заложно право, со присилно извршување преку наплата на заложното побарување, а со цел да го намира побарувањето по Договорот за издавање на краткорочна авансна гаранција до кое дошло поради неисполнување на обврските од страна на тужениот преземени со Договорот за подизведба.

Но, во чл.4 од Договорот за залог било предвидено дека ваквото евентуално парично побарување на тужителот во оваа постапка, можело да пристигне доколку должникот-тужениот правилно и совесно не ги исполнувал обврските по основниот договор за подизведба и неговиот анекс, а најдоцна до 30.01.2009 година, со тоа што вака платените износи по гаранцијата од страна на тужителот како заложен доверител ќе претставуваат достасан кредит, при што должникот-заложен должник, сега тужен се обврзал истиот веднаш да го врати.

Клучно за судот при оценувањето на наводите во тужбата било вештачењето кое покажало дека вака издадената банкарска гаранција не била активирана, што пак значи дека не дошло до примена на погоренаведениот чл.4 од Договорот за залог, односно до исплата на паричен износ од страна на тужителот по основ на гаранцијата на корисникот на гаранцијата, па со тоа и до воспоставување на парична обврска на тужениот спрема тужителот во смисла на чл.5 од Договорот за банкарска гаранција, а уште помалку и до задоцнување

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

на тужениот при нејзино исполнување, па за да истиот во смисла на чл. 266 од ЗОО должи казнена камата.

Судот во целост се сложил со наводите од тужбата дека банкарската гаранција е неактивирана и дека *in concreto*, нема пасивна легитимација на страната на тужениот поради постоењето на два правни ентитета (тужениот е во стечај, а должникот е основан од тужениот и не врз неговиот имот не е отворена стечајна постапка).

3.2. Влијанието на стечајот и стечајната постапка на правата на гарантот по основ на дадената гаранција

Отворањето на стечајната постапка е ризик со којшто се товарат самите трговци и партнерите кои влегуваат во облигациони односи со нив. Стечајот врз големите трговски компании, дистрибутери, логистички оператори, давачи и стекнувачи на лиценци предизвикува хаос во бизнис односите со партнерите. Со отворањето на стечајната постапка се појавуваат како спорни бројни прашања и интереси кои ги тангираат договорните страни. Токму во овој сегмент, неизбежно е влијанието на стечајот врз правното дејство.

Во контекст на ова е пресудата на Апелациониот суд во Битола, во предметот бр. 619-2013 од 04.07.2013.¹⁷⁴ Имено,

Со решение бр.10-3/53-2 од 10.04.2009 година, тужителот му доделил неповратни средства од посебен фонд, за набавка на опрема во износ од 2.322.240,00 денари. Со ова решение, тужителот се овластува со тужениот да склучи договор за користење на средствата, доколку корисникот на средствата достави хипотека или банкарска гаранција. За да ги добие овие неповратни средства, тужениот на 14.7.2009 година со С. Б. АД Б. склучил договор за издавање на долгорочна денарска гаранција за добро извршување на работите. Согласно овој договор С. Б.

¹⁷⁴ Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://www.asbitola.mk/Odluki.aspx?odluka=20333>, [пристапено на 27 септември, 2015 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

АД Б.како гарант, гарантира дека должникот по гаранцијата сега тужениот правилно и совесно ќе ги исполни обврските во согласност со одредбите и условите од договорот бр.10-3/53-3 од 10.4.2009 година, за исплата на доделени неповратни средства од посебниот фонд за набавка на опрема, потпишан помеѓу С. Б. АД Б.како должник по гаранцијата и тужениот како корисник на гаранцијата. Рокот на важност на гаранцијата е од денот на уплатата на средствата - 14.7.2009 година, заклучно со 14.7.2012 година. Со овој договор гарантот се обврзува да го изврши плаќањето спрема корисникот на гаранцијата, доколку должникот по гаранцијата не ги изврши превземените работи на начин и во утврдените рокови согласно договорот.

На ден 10.2.2012 година, тужителот испратил опомена до тужениот пред активирање на хипотеката, со образложение дека кога е извршен увид во просториите на тужениот од овластени лица на тужителот, било констатирано дека со доделените неповратни средства од страна на тужениот е набавена опремата, истата е монтирана во просториите на тужениот и дека тужениот има искористено неповратни средства од посебниот фонд за вработување на 10 инвалидни лица на кои им престанал работниот однос, така што од 1.9.2010 година кај тужениот нема вработено инвалидни лица и затоа тужителот барал доделените средства да бидат вратени на сметка на агенцијата, а во спротивно ќе ја активира хипотеката.

На ваквото барање тужениот се обратил до тужителот и побарал тужителот да го повлече барањето за враќање на искористените средства за набавка на опрема. Меѓутоа, тужителот не постапил по таквото барање, туку испратил изјава до С. Б. АД Б., со барање да се активира гаранцијата, односно со барање банката да му го исплати износот од 2.322.240,00 денари, бидејќи тужениот како корисник на

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

средствата не постапил согласно договорот, користел неповратни средства за вработување на инвалидни лица, а на 1.9.2010 година на сите инвалидни лица им престанал работниот однос и кај тужениот немало вработено инвалидни лица. С. Б. АД Б. откако ја добил изјавата за активирање на гаранцијата од тужителот Агенцијата ..., го извести тужениот дека е пристигнато барање за наплата на гаранцијата и го извести дека ќе треба тужениот да преземе дејствија за регулирање на обврските према тужителот, а во спротивно ќе ги активира инструментите за обезбедување со која е обезбедена гаранцијата.

Тужениот на ваквото известување од С. Б. АД Б. доставил писмено барање, во кое наведува дека не може да се бара активирање на гаранцијата, затоа што сите услови по член 5 од договорот тужениот ги исполнил и наменски се искористени средствата бидејќи со доделените неповратни средства вработил 10 инвалидни лица, опремата е набавена, е монтирана во работните простории на првотужителот и таму сè уште се наоѓа.

На база на изнесените факти и докази, Второстепениот суд констатирал дека првостепениот суд правилно утврди дека во отворената стечајна постапка СТ бр. 188/2012 врз тужениот, пријавеното побарување на тужителот во износ од 2.322.240,00 денари со решение од 9.1.2013 година е оспорено бидејќи тужителот за ова побарување има обезбедено гаранција од С. Б. АД Б. и за нејзина наплата води судски спор кој не е правосилно завршен.

Суштината на најповолниот статус на доверителот во случај кога има гаранција се состои во решението од член 1046/2 од ЗОО каде е предвидено дека намалувањето на обврската на главниот должник во стечајната постапка или во постапката за присилно порамнување не повлекува со себе и соодветно намалување на обврската на гарантот, па

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

гарантот му одговара на доверителот за целиот износ на својата обврска, освен ако поинаку не е договорено. Иако со диспозитивен карактер, ова законско решение го става доверителот во позиција подобра од позицијата на разлачен доверител. Имено кога се става залог врз одредени ствари, постои опасноста од редуцирање/амортизирање на вредноста на старите следствено ниту разлачниот ниту излачниот доверител може да се намира во висината на своето давање.¹⁷⁵ Компарирано со статусот на доверителот којшто има општа или банкарска гаранција за неговото побарување, првите се во понезавидна положба, иако генерално е правило дека побарувањето од стварно правен карактер дава поголема сигурност и тежина на исполнување на облигацијата. Специфичноста на ова прашање пред сè произлегува од долготрајниот карактер на гаранцијата чија правна судбина зависи од карактерот и временската рамка на траење на основната облигација чие исполнување се обезбедува. Во контекст на ова, гаранција по основ на обврски од лизинг како долготрајна облигација и дава долготраен карактер и на гаранцијата како правно дело.

¹⁷⁵ Доверителите кои имаат заложно право или право на намиравање на некој предмет или право што се запишани во јавни книги (во Државниот завод за геодетски работи, Централниот регистар, во други соодветни регистри и слично), имаат право на одвоено намиравање на тој предмет или право според закон (ЗС, 128/1) Лице кое врз основа на свое стварно или лично право може да докаже дека некој предмет не спаѓа во стечајната маса, не е стечаен доверител. Неговото право на издвојување на предметот ќе се утврдува според правилата што важат за остварување на тие права надвор од стечајната постапка (ЗС, член 125/1).

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

ЧЕТВРТА ГЛАВА

IV. БАНКАРСКАТА ГАРАНЦИЈА КАКО ПОСЕБЕН ВИД НА ГАРАНЦИЈА

1. Поим на банкарска гаранција и супергаранција

Со банкарската гаранција банката се обврзува спрема примачот на гаранцијата (корисникот) дека во случај трето лице да не му ја исполни обврската во рокот на стасаноста, ќе му ја намири обврската ако бидат исполнети условите наведени во гаранцијата (ЗОО, член 1122/1).

Договорот за банкарска гаранција е товарно правно дело од консензуална природа и настанува во моментот кога корисникот на гаранцијата (*примачот на гаранцијата*) и банката ќе постигнат спогодба за суштествените состојки на договорот (ЗОО, член 18).¹⁷⁶

Битни елементи на договорот за банкарската гаранција се провизијата што и се плаќа на банката за дадената банкарска услуга (*гарантирање за исполнувањето на долгот на главниот должник*), и гаранцијата што банката ја дава на корисникот (*примачот на гаранција*) кај договорот за банкарска гаранција.¹⁷⁷

Договорот за банкарска гаранција претставува формален договор, што произлегува од задолжителната законски предвидена *писмена форма* за постигнување на согласност помеѓу давателот на гаранцијата (*банката*) и корисникот на гаранцијата. Попрецизно, писмената форма на договорот за

¹⁷⁶ Павићевиќ Б., Стојановиќ Д.Д., Право обезбедување кредита, Београд, 1997, стр. 43.

¹⁷⁷ Искуството и практиката на полето на банкарската гаранција укажуваат на фактот дека договорите за банкарска гаранција најчесто се склучуваат со цел обезбедување на парично побарување на доверителот спрема главниот должник. Ваквото решение е изречно предвидено и во член 1123 од ЗОО. Сепак, ЗОО не го ограничува обезбедувањето само на парично побарување. Практиката познава случаи, а теоријата ги елаборира кога банката обезбедува непарично побарување со давање на банкарска гаранција спрема доверителот, корисникот/примачот на гаранцијата. Спецификата се однесува на фактот што исполнувањето на гаранцијата од страна на банката е во паричен облик. Следствено останува можноста да се гарантира за непарично побарување. Во насока на ова е и пресудата број 619-2013, достапна на: <http://www.asbitola.mk/Odluki.aspx?odluka=20333>, [пристапено на 27 септември, 2015].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

банкарска гаранција е *услов за полноважност на правата и обврските од договорот*.

Во современиот промет на стоки и услуги, банкарската гаранција претставува еден од најексплоатираните инструменти за обезбедување на побарувањето и тоа пред сè на деловните субјекти.¹⁷⁸ Договорот за банкарска гаранција претставува номинантен (*именуван*) договор според Македонското позитивно право. Имено, договорот за банкарска гаранција е уреден со ЗОО, со посебните специфики кои ги наметнува како товарно правно дело (*наспроти гаранцијата/емството како правно дело*).

Водејќи се од економскиот интерес (*провизија и камата*), банките гарантираат за исполнувањето на облигацијата на главниот должник, при што во случај последниот да не ја исполни обврската спрема доверителот, банката ја исполнува облигацијата, а нејзиното побарување спрема главниот должник се трансформира во кредит со соодветна каматна стапка, или одбивање на финансиски средства од депозитот на клиентот (*главниот должник по основ на договорот за гаранција*), реализирање на хипотека или друга форма на залог.¹⁷⁹

Како посебна специфика во поглед на банкарската гаранција стои решението од член 1123 од ЗОО каде што е предвидено дека и во случај на гарантирање за непарична обврска (*завршување на одредена физичка или интелектуална работа по основ на договор за дело*), банката ја исполнува обврската во име на главниот должник во парична форма. Попрецизно, банката

¹⁷⁸ ЗОО, член 1122/2.

¹⁷⁹ Истражувањето на полето на банкарската гаранција во деловното опкружување на наведе на констатацијата дека гаранциите за обезбедување на побарувањето на доверителите, банките ги даваат во форма на кредит во интерес на главниот должник. По основ на склучениот договор за банкарска гаранција и исполнувањето на обврската на гарантот спрема доверителот, банката добива статус на кредитодавател, а главниот должник кредитобарател во смисла на член 1104 во смисла на ЗОО. Со договорот за кредит банката се обврзува на корисникот на кредитот да му стави на располагање определен износ на парични средства, на определено или неопределено време, за некоја намена или без утврдена намена, а корисникот се обврзува на банката да и ја плаќа договорената камата и добиениот износ пари да го врати во времето и на начинот како што е утврдено со договорот.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

намирува обврска од гаранција во пари *и во случај со гаранцијата да се обезбедува непарична обврска.*¹⁸⁰

Корените на договорот за банкарската гаранција се во градежништвото и тоа на почетокот на 60-те години, како средство за обезбедување на побарувањето по основ на гарантирање за доставувањето на градежните материјали во земјите во развој.¹⁸¹

Во правната литература историскиот развој и експанзијата на банкарската гаранција се врзува за нафтената криза од 70-те години на 20 век¹⁸² и потребата да се обезбедат побарувањата по основ на настанатите договорни облигации.¹⁸³

Експанзијата на банкарската гаранција како сложено правно дело се воочува од страна на деловниот сектор и во периодот на последната економска криза од 2008 година.¹⁸⁴ Деловните субјекти беа доведени во незавидна состојба/состојба на економска нужда да обезбедат гарантирање на сопствените долгови спрема своите деловни партнери. Токму ваквата потреба во стопанството под влијание на економската криза и недостатокот на правната сигурност во прометот на стоки и услуги, се одрази на експанзијата на банкарската гаранција во деловниот сектор.¹⁸⁵

Во периодот на глобалната светска криза, банкарската гаранција беше составен дел на секоја трговска зделка, и претставуваше нужен договор за обезбедување на побарувањето на секоја трансакција. Во периодот на

¹⁸⁰ Споредбено правно, ваквото законско решение не предвидено според Хрватскиот ЗОО (*Milinoić M., ibid*), наспроти решението од член 1124 од ЗОО на Република Македонија Сепак, Истражувањето на полето на банкарската гаранција и обезбедувањето на побарувањето од страна на банката укажува на констатацијата дека најчесто банката гарантира со парична компензација/обештетување на доверителот, по основ на долгот што спрема него го има должникот. Обезбедувањето на непаричното побарување најчесто се врши преку инситутот на договорна казна, што независно од поинаквата концепција, претставува еден вид на обезбедување, односно санкција/пенал за неисполнувањето на обврските. Кога станува збор за банкарска гаранција, банката компензира, односно гарантира и исполнува во парична форма. Последново во смисла на ЗОО член 1123 и кога тоа не договорено или е договорено поинаку.

¹⁸¹ Milinoić M., op. cit., str. 1.

¹⁸² Vukmir B., *razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na pozivzbornik pfz*, 56, posebni broj, str. 253-279, 2006.

¹⁸³ ICC Report Rethinking Trade Finance 2014, достапно на <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/icc-trade-register/>, [пристапено на 22 ноември, 2015].

¹⁸⁴ The World Bank Group's Response to the Global Economic Crisis: Phase II, 2012.

¹⁸⁵ Laeven L., Valencia F., The use of blanket Guarantees in Banking Crises, *International Monetary Fund*, 2008, pp. 1-45.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

големата светска криза банкарскиот сектор доживеа експанзија во делот на издадените банкарски гаранција, иако кризата *per se* оневозможи некаков раст на профитот, напротив, истата се одрази на профитот на банките во целост.¹⁸⁶

Бројни договори за банкарска гаранција се трансформираа во договори за кредит како резултат на неисполнетите побарувања на главните должници спрема доверителите, односно како резултат на исполнувањето на обврската на главниот должник спрема доверителот од страна на банките како гаранти.¹⁸⁷

Во контекст на обезбедување на правната и економска сигурност во исполнувањето на обврските од настанатите договорни облигации, од исклучително битно значење е да се анализира и елаборира концептот на *супергаранција* познат и во Македонската правната литература, деловната практика и ЗОО. Имено, супергаранцијата претставува концепт на двојна гаранција, односно концепт што го става доверителот во завидна состојба кога станува збор за сигурноста/обезбедувањето на неговото побарување. Имено, во случај кога *друга банка ќе ја потврди обврската од гаранцијата, корисникот може своите барања од гаранцијата да ги поднесе било до банката што ја издала гаранцијата, било до онаа што ја потврдила гаранцијата.*

Наспроти супергаранцијата, во правната литература во контекст на гаранцијата се среќава и концептот на контрагаранција што подразбира инволвирање на две банки во трансакцијата за обезбедување на побарувањето и тоа *„банката на корисникот во земјата на корисникот и банката на налогодавачот (главниот должник од основното правно дело и тоа: договор за кредит, договор за продажба на стока, договор за градење*

¹⁸⁶ Види повеќе за влијанието на глобалната криза врз банкарскиот сектор кај: Clarke B., Hardiman N., Crisis in the Irish Banking system, 2012, pp. 1-46.

¹⁸⁷ Не случајно во анализата на предметот на истражување на ова магистерска теза банкарската гаранција ја издвоиме како посебен вид на гаранција. Имено, концепциски банкарската гаранција во целост се разликува споредено со гаранцијата (*емство*). Банкарската гаранција е товарно правно дело, со обврски и права за двете договорни страни (*двостранообврзувачко*). Договорот за банкарската гаранција настанува како резултат на барањето на доверителот должникот да го обезбеди неговото побарување со гарант (банка) која ќе го исполни побарувањето во случај тоа да не го направи главниот должник.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

итн.).¹⁸⁸ Попрецизно, по основ на склучено правно дело за контрагаранција, банката во земјата на налогодавачот, се обрзува во корист на банката на земјата на корисникот (примачот) на гаранцијата, да го исплати износот наведен во гаранцијата на банката во земјата на корисникот, доколку корисникот се наплати од таа банка.¹⁸⁹

Супергаранцијата го става доверилот во позиција да може да го наплати своето побарување од банката за којашто ќе се одлучи. Во основа од самата дефиниција на супергаранцијата произлегува дека банката гарант и банката што ја потврдува гаранцијата се во солидарна облигација спрема доверителот, што му дава право на последниот да избере од кој ќе го наплати своето побарување. Солидарноста покрај обезбедувањето на доверителот значи и право на регрес на банката што го исплатила долгот во целост. Ваквата концепција произлегува од решението содржано во член 1052 од ЗОО.¹⁹⁰

По основ на важечкото материјално право на полето на банкарската гаранција донесене е и пресудата на Основен Суд ПЛ1ТС.бр.415/12 од 3.12.2013 година.¹⁹¹

Имено, поред судот банката не го наплатила своето побарување од должникот па согласно потпишаната меница од лицето И.П. како пристапувач кон долгот тој како солидарен должник со должникот К. т. бил повикан од банката да го исплати наведениот износ со камата и трошоци.

Според судот имајќи го во предвид договорот за пристапување кон долг и начинот на намирување на тужителот по нотарскиот акт ОДУ. бр.... од 16.5.2008 година како и налогот за извршување И.бр.138/11 на извршителот Д. Д. судот оценил да во таа постапка е основано тужбеното барање на тужителот

¹⁸⁸ Види повеќе за концептот на контрагаранција кај: Petrović Z., Kozar V., Sredstva obezbeđenja potraživanja iz ugovora u privredi, Beograd, 2009, стр. 115.

¹⁸⁹ Rosenberg Ljudevit: Pravo međunarodnih placanja u poslovnim transakcijama, drugi svezak, Zagreb, Informator, 1975., стр. 139.

¹⁹⁰ Врховни суд Србије Билтен, судске праксе, тридесет година примене закона о облигационим односима у судској пракси, бр. 3/2008.

¹⁹¹ Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://www.osveles.mk/Odluki.aspx?odluka=12048>, [пристапено на 11, април, 2016 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

повикувајќи се на одредбите на чл.251 ст.1, чл.262 ст.4, чл.402 и 439 од ЗОО како и чл.425 од ЗПП со тоа што утврдил да е основано барањето поради склучениот договор за пристапување кон долг и да тужениот како солидарен должник покрај К. Т. ДОО Б.е должен да го плати износот од 360.632,00 денари утврден заклучно со 16.07.2012 година.

Според пресудата судот сметал дека по приговорот на тужениот да се водат исти постапки и спрема главниот должник К. Т. ДОО Б. за истиот долг пред Основниот суд Велес тој суд оценил дека се неосновани од причини што сметал дека **тужениот и главниот должник К. Т. не се нужни сопарничари за да бидат тужени во една постапка и да волјата на тужителот е дали побарувањето спрема главниот должник и пристапувачот кон долгот ќе бара да се утврди во една постапка или одвоено и да во постапката за извршување тужителот има право да бара кој од солидарните должници ќе му го исплати побарувањето до целосно намирување на истото.**

Видно од пресуда ПЛ1.бр.66/12 на 24.10.2012 година на Основниот суд Гевгелија донесена по предлог на тужителот против тужен И.Л.од Б. за долг вредност на спорот 829.380,00 денари, одбиен е како неоснован приговорот на тужениот, а решението за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа УПДР.бр.... од 27.8.2012 година на нотар М В. од Г. со кое се задолжува должникот И. Л. да му плати на доверителот Халкбанк АД С. пристигнато побарување врз основа на веродостојна исправа износ од 829.380,00 ден. со законска казнена камата сметано од 16.7.2012 година до исплата и трошоците од 21.334,00 денари останува во сила а е задолжен тужениот на тужителот да му ги надомести парничните трошоци.

Во образложението на пресудата е цитирана како извршна исправа нотарски акт ОДУ. бр.113/08 и постапка за извршување под И. бр.137/11 од извршител Д.Д. од Г. при што е наведено да

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

судот утврдил од изведените докази договор за долгорочен кредит ...од 13.2.2008 година помеѓу тужителот како банка и К. Т. ДОО Б. како корисник по меница од тужениот И. Л. на износ од 829.380,00 денари.

2.Отстапување на правата од гаранција

Договор за банкарска гаранција претставува правен основ и за пренос на правата на корисникот/примачот на гаранцијата на трето лице. Попрецизно, по основ на договорот за банкарска гаранција правата и обврските на корисникот/примачот на гаранцијата може да бидат предмет на пренесување на трето лице.¹⁹² Имено, во смисла на ЗОО законодавецот ја предвидел можноста за *отстапување на правата на корисникот/примачот на гаранцијата спрема трето лице*. Сепак, правата што ги има корисникот на гаранцијата по основ на издадената банкарска гаранција можат да бидат предмет на пренесување само доколку корисникот паралелно со правата од гаранцијата ги пренесе и обезбедените права. Ваквата концепција не е новитет и истата е предвидена и кога станува збор за други форми на обезбедување на побарување.

На полето на банкарската гаранција: *права од банкарската гаранција корисникот може да му ги отстапи на трет само со отстапување на побарувањето што е обезбедено со гаранцијата и со пренос на своите обврски во врска со обезбеденото побарување* (ЗОО, член).

Со оглед на фактот што предмет на пренесување се и обврските од договорот за банкарска гаранција, се поставува прашањето што е разликата во поглед на решението од член 132 од ЗОО каде е предвидено отстапување на договор и условите под кои се врши отстапувањето, одговорноста на

¹⁹² Wendler M., Tremml B., Buecker B., Key aspects of German business law, New York, 2008.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

отстапувачот и правото на приговор (член 132 од ЗОО).¹⁹³ Имено, секоја страна во двостран договор може, ако со тоа се согласи другата страна, да му го отстапи договорот на некое трето лице кое со тоа станува носител на сите нејзини права и обврски од тој договор (ЗОО, член 132/1).

Со отстапувањето на договорот договорниот однос меѓу отстапувачот и другата страна преминува врз примачот и другата страна во моментот кога другата страна се согласила за отстапувањето, а ако другата страна ја дала својата согласност однапред, во моментот кога е известена за отстапувањето (член 132/2). Согласноста за отстапувањето на договорот е полноважна само ако е дадена во форма пропишана со закон за отстапен договор (член 132/3).¹⁹⁴

Тргувајќи од законското решение предвидено во член 1125 од ЗОО, за истакнување е решението содржано во втората сентенца каде што законодавецот истакнал дека предмет на пренесување не се само правата на корисникот, туку и неговите обврски во врска со обезбеденото побарување. Следствено се поставува прашањето: *дали станува збор за обврските на доверителот во поглед на пријавувањето на сопственото побарување во случај на стечајна постапка над должникот и известување на банката гарант?* Со оглед на дијаметрално различните концепти на обезбедување на побарувањето на гаранцијата (*емството*) и банкарската гаранција се доведува во прашање примената на член 1046/1 од ЗОО. При што, од друга страна доколку се исклучи примената на овој член, се поставува прашањето на кои обврски мислел законодавецот со оглед на фактот што издавањето на банкарска гаранција е едностранообврзувачко правно дело и по основ на издадената банкарска гаранција за корисникот (*примачот на гаранцијата*) не произлегуваат обврски туку права.

¹⁹³ Во поглед на правото на приговор, ЗОО во член 134 изречно предвидува дека третото лице може да му ги истакне на примачот сите приговори од отстапениот договор, како и оние што ги има од другите односи со него, но не и приговорите што ги има спрема отстапувачот.

¹⁹⁴ Во контекст на ова види ја пресудата број XI«МАЛВП-1935/2011 од 3.2.2012 година, достапна на: <http://www.osskopje2.mk/Odluki.aspx?odluka=2318>, [пристапено на 22 октомври 2015 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

3. Гаранција без приговор според Македонското позитивно право

Во правната литература, банкарскиот сектор и во ЗОО изречно е предвиден концептот на „гаранција без приговор“/demand guarantees. „Гаранцијата без приговор“ или во литературата и ЗОО позната како „гаранција на прв повик“ е плод на една подолга теоретска делиберација и елаборација, во насока на оправдувањето и детерминирањето на позицијата на банката во случај кога со издадената банкарска гаранција презела обврска за исполнување на обврските од гаранцијата, независно од позицијата на налогодавачот спрема побарувањето на доверителот, односно независно од приговорите што налогодавецот како должник може да ги истакнува спрема корисникот по обезбедената обврска.¹⁹⁵

Во правната литература е застапено становиштето дека станува збор за прашање кое подолго време било предмет на расправа и тоа во поглед на дефинирањето на односот на гарантот и корисникот на гаранцијата во случај на издавање „гаранција без приговор.“¹⁹⁶ Дилемите генерално произлегуваат од фактот дека банкарската гаранција сè уште е уредена со минимален број на законски одредби, иако станува збор за едно од најексплоатираните средства за лично средство за обезбедување на побарувањето.

Во ЗОО на банкарската гаранција се посветени не повеќе од пет (5) законски членови. Според ЗОО, банкарската гаранција сè уште претставува инструмент што го обезбедува побарувањето на доверителот само после во случај третото лице да не му ја исполни обврската во рокот на стасаноста (ЗОО, член 1122/1). Ваквото законско решение некореспондира со меѓународните практики и стандарди, и теоретските елаборации кои укажуваат на целосната независност на банкарската гаранција на повик во однос на

¹⁹⁵ Kapor V.: Jedinstvo obligacionog prava i posebna pravila za ugovore u privredi, Zbornik radova sa savetovanja o Zakonu o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb-Beograd, 1978.

¹⁹⁶ Slakoper Z., Bankarske garancije prema odredbama novog Zakona o obveznim odnosima, Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 27, br. 1, 171-209 (2006).

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

темелното правно дело од коешто произлегуваат правата и обврските на должникот и доверителот чие побарување се обезбедува.¹⁹⁷

Во насока на ова е решението од ЗОО, во член 1226/1 предвидено е дека во случај кога банкарската гаранција содржи клаузула „без приговор“, на „прв повик“ или содржи зборови што имаат исто значење, банката не може да ги истакнува спрема корисникот приговорите што налогодавецот како должник може да ги истакнува спрема корисникот по обезбедената обврска. Налогодавецот е должен да и го плати на банката секој износ што го платила банката врз основа на гаранција издадена со клаузула „без приговор“, на „прв повик“ или содржи зборови што имаат исто значење. Корисникот на гаранцијата му го должи на налогодавецот износот примен врз основа на гаранцијата на кој инаку не би имал право поради оправданите приговори на налогодавецот (ЗОО, член 1126/3).

4. Поим и правна природа на банкарската гаранција низ призмата на практиката

Во проучувањето на поимот, правата и обврските на договорните страни кај гаранцијата, констатиравме дека концептот на којшто се обезбедува побарувањето кај гаранцијата и банкарската гаранција е идентичен. Сепак, нагласивме дека станува збор за два посебни правни институти чии карактеристики се формираат по основ на спецификите на Б2Б, Б2С и Ц2Ц договорите во правниот промет. Ако се фокусираме само на проучувањето на правната природа на банкарската гаранција, и нејзината имплементација во деловната практика, односите кои настануваат ќе ги разграничине на следниве фази: главниот должник **дава налог** на банката, од сопствената сметка, или во форма на кредит, депозитот на клиентот (налогодавачот), да преземе обврска спрема трето лице, дека во случај тој да не го исполни побарувањето, банката

¹⁹⁷ Види повеќе во решенијата на Правилата на Меѓународната стопанска комора за гаранција на повик број 758., достапно на: <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2011/UN-endorses-ICC-Demand-Guarantee-Rules/>, [пристапено на 28 ноември, 2015 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

ќе го стори во име и за сметка на должникот. Ако сите овие фази ги префрлиме на терен на асигнацијата/упатувањето како правно дело, ни се чини со право ќе утврдиме дека во основа налогодавачот дејствува како асигнат/упатувач и ја овластува банката како упатеник/асигнат да преземе одредено дејство, односно во конкретниот случај од неговата сметка да исполни одредена парична обврска, односно од сметката на банката да го исполни паричното побарување на доверителот, а главниот должник по основ на кредитот да си ги намира своите долгови спрема банката.

Во основа според законската формулација, со упатување (асигнација) едно лице, упатувач (асигнат) овластува друго лице, упатеник, (асигнат), за негова сметка да изврши нешто за определено трето лице, примач на упатување (асигнатор), а него го овластува да го прими тоа извршување од свое име (ЗОО, член 1059). Со потпишување на договорот, асигнатот ја прифаќа асигнацијата и асигнаторот има право да бара исполнување веднаш после потпишувањето на договорот (ЗОО, член 1060). Факт е дека кај асигнацијата упатеникот (асигнатот/банката) тоа го прави од сопствена сметка, меѓутоа ако тргнеме од фактот дека кај банкарската гаранција секогаш главниот должник ја обезбедува банката/гарантот и тоа најчесто преку симнување на средства од сопствената сметка или плаќање на кредит, јасно е дека во една современа форма на банкарска гаранција, асигнацијата и правата може да се изедначат.¹⁹⁸

Тргувајќи од бројните и хетерогени теоретски делиберации и елаборации во поглед на прашањето за правната природа на договорот за банкарска гаранција и правните односи помеѓу договорните страни, неслучајно пристапивме кон акцентирање на судската практика како релеватен форум за разграничување на позициите на сите три субјекти/учесници во трансакцијата за обезбедување на побарувањето по основ на издадена банкарска гаранција.

¹⁹⁸ Во случај асигнантот да го одбие исполнувањето на обврската, асигнаторот е должен веднаш да го извести асигнантот, во спротивно ќе одговара за настанатата штета. Асигнантот го овластува асигнаторот да го прими од асигнатот износот во свое име. Асигнаторот го прифаќа упатувањето и овластувањето од асигнантот за прием на исполнувањето од асигнатот. Види повеќе: Тушевска Б., Спецификите на асигнацијата, Правник (252), Скопје, стр. 43-49.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Ваквиот пристап е веќе познат во компаративната правна литература и во рамки на нашиот магистерески труд како концепт го применивме на полето на македонската судска практика.¹⁹⁹ Имено, најголем дел од теоретските прашања беа елаборирани во посебни делови од магистерската. За дилемите и позиционирањето на статусот на субјектите/учесници кои ги наметнува самата практика, се послужиравме со анализа на конкретни судски пресуди на Основните и Апелационите судови во Република Македонија. In concreto, ја искористивме практиката како начин да ги презентираме реалните позиции на договорните страни и страните учесници во банкарската гаранција како сложено правно дело. Во насока на ова, гарантот е обврзан да ја изврши својата обврска евидентирана во банкарската гаранција, само доколку се остварат условите од истата. Попрецизно, банката гарант има обврска спрема доверителот, доколку тој ги исполнил обврските којшто спрема главниот должник ги има по основ на склученото основно правно дело.²⁰⁰ Во насока на ова, во случај кога доверителот чие побарување е обезбедено со банкарска гаранција, не успеал да ги исполни обврските од основното право дело и условите од гаранцијата, банката нема обврска да го исполни побарувањето. Следствено на ова е пресудата на Апелациониот Суд во Штип, ТСЖ-29/14 од 3.2.2014 година, каде на база на изнесената фактичка состојба Судот констатирал дека целосно се неосновани жалбените наводи на жалителот дека при донесувањето на побиваната пресуда, првостепениот суд сторил суштествени повреди од член 343 ст.2 т.13 од ЗПП. Имено,

Согласно преддоговорот и договорот, тужениот на денот на склучувањето на преддоговорот за купопродажба на технолошко профитна целина 29.7.2002 година уплатил износ од 1.346.000,00 денари, а на денот на потпишувањето на договорот за превземање на имот по пат на купопродажба уплатил износ од

¹⁹⁹ Oršulić I., Bulum B., Bankarske garancije na poziv – posljednje izmjene zakona o obveznim odnosima i nova ujednačena pravila međunarodne trgovačke komore, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 48, 3/2011.*, стр. 533.-547.

²⁰⁰ Ваквата констатација ја наоѓа својата примена во случај кога не станува збор за без условна банкарска гаранција, каде што доверителот може директно од гарантот да бара исполнување на обврската, без претходно да се обрати до главниот должник. Во насока на ова,

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

3.814.000,00 денари. За остатокот од цената 8.300.000,00 денари, согласно договорот тужениот обезбедил банкарска гаранција од АД Р. С.

Иако тужениот постапил согласно договореното и ја обезбедил уплатата на целокупната купопродажна цена, тужителот од своја страна не бил спремен да ги исполни своите обврски од договорот. Имено, тужителот не можел да ги преведе градежните објекти бидејќи во тој период се уште ги немал во сопственост. Истите ги добил во сопственост на 12.5.2004 година. Исто така, спецификациите во кои било точно наведено што е предмет на купопродажба тужителот ги предал со задоцнување.

Тужениот со самиот факт што не се стекнал со правото на сопственост на купените градежни - деловни објекти бил оневозможен да обезбеди кредити и да го одржува својот деловен потфат. Од тие причини тужениот неколку пати се обраќал до тужителот при што наведувал дека е подготвен да ја плати купопродажната цена во целост до колку тужителот е спремен да го реализира договорот и да ја предаде целокупната документација за пренос на правото на сопственост на купениот имот. По истекот на договорениот рок од една година, тужителот се обидел да ја реализира банкарската гаранција што ја обезбедил тужениот, но не успеал во тоа.

По основ на изнесената фактичка состојба и изведените докази, судот јасно во образложението истакнал дека доверителот не постапил согласно обврските од договор, при што го оневозможил остварувањето на условите од банкарската гаранција заснована во негова корист.

Институтот на банкарска гаранција има голема улога и на полето на доделувањето на договорите за јавни набавки. Имено со посебни *lex specialis*

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

одредби содржани во законот за јавните набавки.²⁰¹ Имено, на полето на јавните набавки банкарската гаранција има доминантна улога во постапките за обезбедувањето на побарувањето што го има договорниот орган спрема економскиот оператор.²⁰² Договорниот орган може да бара гаранција на понудата во вид на банкарска гаранција или депонирани средства, а во спротивно задолжително бара изјава за сериозност на понудата и тоа задолжително го наведува во тендерската документација. Во случаите на банкарска гаранција или депонирани средства, договорниот орган ја изразува бараната вредност на гаранцијата на понудата како процент од вредноста на понудата, при што не смее да бара висина на гаранција поголема од 3% од вредноста на понудата без вклучен ДДВ (ЗЈН, член 47/2). Гаранцијата на

²⁰¹ Закон за јавните набавки („Службен весник на Република Македонија“ бр. 136/2007; 130/2008; 97/2010; 53/2011; 185/2011; 15/2013; 148/2013; 160/2013; 28/2014; 43/2014; 130/2014; 180/2014; 78/2015; 192/2015 и 27/2016).

²⁰² Договор за јавна набавка“ е договор од финансиски интерес кој ги вклучува и секторските договори, склучен во писмена форма меѓу еден или повеќе договорни органи од една страна и еден или повеќе економски оператори од друга страна, а чиј предмет е изведување на работи, испорака на стоки или обезбедување на услуги согласно со Законот за јавни набавки (ЗЈН, член 3 т.1). Економски оператор е секое физичко или правно лице или група на такви лица кои на пазарот нуди стоки, услуги или работи (ЗЈН, член 3 т.3). Договорни органи кои бараат банкарска гаранција како средство за обезбедување на побарувањето се: а) државните органи, органите на единиците на локалната самоуправа и на градот Скопје; б) правните лица основани за специфична намена за задоволување на потребите од јавен интерес што не се од индустриски или комерцијален карактер и кои, во најголем дел, се финансирани од страна на договорни органи од ставот (1) точка а) на овој член или од такви правни лица, или се подложни на контрола на работењето од страна на договорни органи од ставот (1) точка а) на овој член или од такви правни лица, или во кои повеќето од половината членови на управниот или надзорниот одбор се именувани од страна на договорни органи од ставот (1) точка а) на овој член или од такви правни лица; в) здруженија основани од еден или повеќе договорни органи од ставот (1) точки а) и б) на овој член; г) јавните претпријатија, акционерските друштва и друштвата со ограничена одговорност во кои договорните органи од ставот (1) точки а), б) или в) на овој член имаат доминантно директно или индиректно влијание преку сопственост над нив, односно ако поседуваат поголем дел од капиталот на друштвото, имаат мнозинство на гласови на акционерите или именуват повеќе од половина од членовите од управниот или надзорниот одбор на претпријатието или друштвото, а кои вршат една или повеќе дејности од Главата IX Дел 1 на овој закон, во случаите кога доделуваат договори за јавни набавки или склучуваат рамковни спогодби со цел вршење на соодветните дејности и д) секое правно лице, освен оние од ставот (1) точки а), б), в) и г) на овој член кое врши една или повеќе дејности од Главата IX Дел 1 на овој закон, врз основа на посебно или ексклузивно право, во случаите кога доделува договори за јавни набавки или склучува рамковни спогодби со цел вршење на соодветните дејности (ЗЈН, член 4).

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

понудата се доставува заедно со понудата во оригинална форма и не може дополнително да се достави по истекот на рокот за поднесување на понудите.

Договорниот орган ја наплаќа гаранцијата на понудата, ги задржува депонираните средства, односно ја активира изјавата за сериозност на понудата ако понудувачот:

- ја повлече својата понуда пред истекот на периодот на нејзината важност,**
- не ја прифати исправката на аритметичките грешки од страна на комисијата,**
- не го потпише договорот за јавна набавка согласно со условите од тендерската документација и доставената понуда или**
- не ја обезбеди гаранцијата за квалитетно извршување на договорот, ако договорниот орган ја предвидел во тендерската документација (ЗЈН, член 47/5).**

Гаранцијата на понудата треба да е со важност не помалку од 14 дена по денот на истекот на важноста на понудата. Во исклучителни случаи, договорниот орган може да побара од понудувачите продолжување на периодот на важност на гаранцијата на понудата. Гаранцијата на понудата им се враќа на понудувачите кои не се избрани за најповолни во рамките на периодот на нејзината важност. Гаранцијата на понудата на понудувачот чија понуда е избрана за најповолна му се враќа откако ќе го потпише договорот за јавна набавка и ќе достави гаранција за квалитетно извршување, доколку истата се бара (ЗЈН, член 47/11/12/13).

Договорниот орган може да бара од понудувачот чија понуда е избрана за најповолна да обезбеди гаранција за квалитетно извршување на договорот во вид на банкарска гаранција и тоа задолжително го наведува во тендерската документација.²⁰³ Висината на гаранцијата за квалитетно извршување на договорот може да биде од 5% до 15% од вредноста на договорот за јавна

²⁰³ Види повеќе за јавните набавки: http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/index_en.htm, [пристапено на 23 април, 2016 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

набавка. По исклучок, гаранција за квалитетно извршување на договорот не се бара кај конкурсот за избор на идејно решение, договорите за јавни набавки на консултантски услуги и при доделување рамковна спогодба. Гаранција за квалитетно извршување на договорот може да се бара кај поединечните договори што се доделуваат врз основа на рамковна спогодба. Гаранцијата за квалитетно извршување на договорот треба да е со важност до целосно реализирање на договорот за јавна набавка. Гаранцијата за квалитетно извршување на договорот му се враќа на носителот на набавката во рок од 14 дена од денот на целосното реализирање на договорот за јавна набавка. Во случај кога е продолжен рокот за реализација на договорот или е зголемена неговата вредност, носителот на набавката соодветно треба да ја продолжи важноста и вредноста на гаранцијата за квалитетно извршување на договорот (ЗЈН, член 48).

Банкарската гаранција на полето на јавните набавки концепциски целосно конвергира со концептот на општата и банкарската гаранција на полето на граѓанските и трговските договори. Сепак, со одредени специфики кои се дел од постапката може да се истекне дека специфичноста во поглед на обезбедувањето на побарувањето. Заслужува внимание да се истакне дека на полето на јавните набавки обезбедувањето преку банкарската гаранција се однесува како на паричното, така и на непаричното побарување.²⁰⁴ Иако ова законот никаде изречно не го нагласува, јасно е дека гаранцијата е предвидена како средство за заштита на договорните органи генерално. Оттука и закучокот дека обезбедувањето може да се однесува на двата вида побарување. Сепак, не смееме и не можеме да ја игнорираме природата на работата на банките чиј делокруг на работа се однесува на паричното побарување. Оттука, според нас станува збор за обезбедување по основ на надомест на штета што во теоријата не е новитет.²⁰⁵ Во насока на ова вреди да се забележи дека на двете полиња гарантот е должен да го обезбеди побарувањето на доверителот или договорниот орган во идентичен концепт

²⁰⁴ Хибер Д., Живковић М., Обезбедување и учврстување потраживање, Београд, 2015, стр. 74.

²⁰⁵ Commission staff working document, european code of best practices facilitating access by smes to public procurement contracts, brussels, 2008.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

кај граѓанската гаранција и кај банкарската гаранција во постапката за јавни набавки.

Во насока на становиштето дека гарантот е должен во висината на реалниот долг што го има главниот должник во моментот на доспевањето на побарувањето на доверителот стои и пресудата на Основен Суд Скопје 2 Скопје, VIII ПС бр.1035/07, 14.4.2008 год, предмет на спорот: долг по гаранција. Имено,

Тужениот И.Банка издал банкарска гаранција во износ од 200.000 ДЕМ, во корист на М.Л.Белград (правен следбеник на тужителот),²⁰⁶ а по налог на И.К. за кого гарантирала, а за сметка на претпријатието Д.Т.Скопје, а врз основ на склучен договор за издавање на платежна гаранција на ден 25.10.1996 год., со повикување на спогодбата која ја склучиле ПТ М. Л. ДОО Белград и ПТ Д.Т. увоз-извоз ДОО Скопје за увоз на фотокопир апарати чл.1; со важност од 30 дена од приемот на стоката потврден со издавање на сертификат за квантитативен и квалитативен прием сочинет, потпишан и заверен од И. и Д.-Т.-чл.2; со кој банката се обврзува да го плати износот од 200.000,00 ДЕМ доколку дојде до неизвршување на преземените обврски од страна на Д.-Т.-чл.3; па за случај гаранцијата да се наплати од банката, исплатениот износ да се смета за кредит за кој налогодавецот-Инвесткооп ќе плати камата се до денот додека износот не биде регресиран-чл.4; а пак налогодавецот, заради обезбедување на гаранцијата, на банката да и достави хипотека, граѓански чекови, акцептни налози и сл.чл.7. Претпријатието за трговија М. Л. ДОО Белград до тужената банка доставило формално барање за наплата на гарантираниот износ по погоре посочената гаранција

²⁰⁶ Во интерес на потемелно образложение на пресудата истакнуваме дека станува збор за статусна промена во смисла на член 517 од ЗТД каде е предвидено дека едно или повеќе друштва може да се присоединат (друштво што се присоединува) кон друго друштво (друштво што презема), со пренос на целокупниот имот и на обврските на друштвото коешто се присоединува без да се спроведе негова ликвидација, во замена за удели, односно за акции од друштво што презема (ЗОО, член 517/1). In concreto, Тужениот И.Банка издал банкарска гаранција во износ од 200.000 ДЕМ, во корист на М.Л.Белград (правен следбеник на тужителот), а по налог на И.К. Целиот текст на пресудата е достапен на: <http://www.osskopje2.mk/Odluki.aspx?odluka=76>, [пристапено на 23.11.2015 година].

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

до износ од 200.000,00 ДЕМ а, врз основа на протоколот за извршен квантитативен и квалитативен прием на увезените фотокопир апарати изготвен од Д.-Т. и од И. со 4.12.1996 год., во се според договореното.

Тужената банка на ПТ М Л. ДОО Белград врз основ на гаранцијата на нерезидентната сметка бр.2-00295-0 книжела прилив од 136.000 ДЕМ а со свифт порака од 5.12.1996 год. по налог на М.Л., првин 110.484,00 ДЕМ, а потоа и 25.515,78 ДЕМ или вкупно 135.999,78 ДЕМ биле упатени на негови партнери. На 20.1.1997 год. со писмо од страна на тужителот е побарана исплата и на преостанатиот износ од 64.596,00 ДЕМ, кој износ не бил платен, но тужената банка со писмо од 10.03.1997 год. го известила М. Л. Белград дека состојбата на нивната сметката е „0“ и дека обврските по гаранцијата се измирени.

Тужената банка со писмо од 24.12.2001 год. го известува М. Л.(корисникот на б.г) дека Д.-Т. ќе го плати остатокот за што и се повикува и на изјава од Д.-Т., која е приложена во предметот, остатокот по гаранцијата од 64.596,00 ДЕМ.

Согласно вештачењето, обврската на банката по гаранцијата а за разликата од фактурираниот до платениот износ изнесува 33.595,99 ДЕМ кој износ стасал за плаќање на 05.12.1996 год. заедно со преостанатиот неспорно платен износ на оваа дата. На 31.1.2002 год. противредноста на посочениот износ во ДЕМ изнесувал 17.177,37 евра.

In concreto, банката како гарант прифатила да изврши плаќање наместо субјектот за којшто гарантирала до реалната висина на обврската под услов тој да не ги изврши преземените обврски за чие исполнување била издадена гранцијата. Ваквата обврска на гарантот произлегува и од содржината на член во чл.1122 од ЗОО според кое со банкарската гаранција банката се обврзува спрема примачот на гаранцијата-корисникот, дека во случај третото лице да не му ја исполни обврската во рокот на стасаноста, ќе му ја намири обврската ако бидат исполнети условите наведени во

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

гарнцијата.²⁰⁷ Во конкретниот случај од круцијално значење за судот е токму решението од член 1122 од ЗОО да го доведе во врска со решението од член 1041, ст.1 од ЗОО каде е предвидено дека *обврската на гарантот не може да биде поголема од обврската на главниот должник, а ако е договорено да биде поголема таа се сведува на мерата на должниковата обврска.*²⁰⁸

Во овој случај гарантот не го оспорува основот по кој што должи, ниту вредноста на стоката што за чие побарување тој презел обврска за гаранција. Како од член 1122 од ЗОО и од гаранцијата чл.12 од договорот произлегува дека тужениот ќе го плати секој износ кој не го платил главниот должник, тоа значи дека гарантот е во обврска само за износот кој останал ненамирен до висината на обврската на третото лице.²⁰⁹

Сепак, Судот не го прифатил стојалиштето на тужениот дека со моментот на давањето на изјавата на Д.Т. Скопје дека тој ќе го плати наведениот износ, банката се ослободила од преземената обврска од причини што согласно погоре посочените законски одредби само реалната фактичка исплата го ослободува гарантот од плаќањето по гаранцијата, а не и ветувањето за плаќање на обврската која е обезбедена.²¹⁰

Суд останал на веќе заземеното стојалиште дека изјавата на Д.Т. Скопје, не може да се прифати дека е документ кој може да предизвика засновување на права и обврски за тој што ја дал. Ова од причина што таква можност ЗОО кај банкарските гаранции не познава. Попрецизно и согласно нашето стојалиште пренесување на дел од обврска по банкарска гаранција брз друг не пости во смисла на ЗОО. По основ на банкарската гаранција постои само

²⁰⁷ Види повеќе: Coode R., Commercial law-2nd edition, London, 2005, p. 64.

²⁰⁸ Ова прашање согласно цитираните законски решенија е темелно обработено во делот што се однесува на обемот на одговорност на гарантот. Во контекст на нашето толкување и толкувањето на правната теорија е и становиштето на Основниот суд Скопје 2 во пресудата VIII ПС бр.1035/07.

²⁰⁹ Во конкретниот случај тоа е неплатениот износ од фактурата бр..... во висина од 33.595,99 ДЕМ кој износ стасал за плаќање на 5.12.1996 год. заедно со преостанатиот неспорно платен износ на оваа дата, а кој на 31.1.2002 год. достигнал противвредност од 17.177,37 евра.

²¹⁰ Во контекст на ова образложение друго е прашањето дали гарантот има право на тужба се лицето Д.Т. како основ за надомест на штета поради неплаќање на долгот спрема доверителот. Сепак образложението на Судот во целост конвергира со законските решенија дека ветувањето на трето лице не го ослободува гарантот од обврската спрема доверителот по основ на дадената гаранција.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

пренесување на правото од корисникот на гаранцијата врз друго лице и тоа заедно со правата од основниот однос во смисла на член 1125 од ЗОО.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

ЗАКЛУЧОК НА МАГИСТЕРСКИОТ ТРУД

Проучувањето на гаранцијата и банкарската гаранција низ призма на одговорноста на гарантот за преземените обврски спрема доверителот, нè наведе на одредени констатации кои на самиот почеток на поставувањето на скицата и хипотетската рамка не ги зедеме во предвид. Во насока на ова на самиот почеток на поставување на хипотезата тргнавме со идеја посебно да ги анализираме практичните аспекти на гаранцијата, во посебен дел, со фокус на одговорноста на гарантот.

Доволна беше само површна анализа на полето на гаранцијата за да констатираме дека тоа е невозможно, истовремено нецелисходно и со негативни реперкусии врз целокупното истражување. Следствено пристапивме кон паралелна анализа на теоријата и практиката што го сметаме за една дополнителна апликативна вредност на поле на гаранцијата и банкарската гаранција.

На самиот почеток се фокусиравме на гаранцијата и тоа во теоретска смисла, за постепено низ практиката да констатираме дека најголемиот дел од пресудите се на полето на банкарската гаранција, во обезбедувањето на трговските зделки. Се разбира тоа не беше проблем да се совладаат концептите кои се идентични, со оглед на фактот дека и банкарската гаранција е изведена од гаранцијата како граѓанско правен институт познат уште во Римското право по карактеристики на супсидијарност, акцесорност. Од друга страна не треба да се заборави влијанието, значењето и битноста на гарантирањето на жирантите во потрошувачките договори, каде жирантите се јавуваат како физички лица, а носителот на главната обврска спрема банката или трето лице (доверител) е исто така со физичко лице. Од оваа причина предмет на анализа беа и неколку пресуди кои се однесуваат на договорот за заем во Б2Ц трансакциите и договорот за кредит со безбедување на побарувањето по пат на меница или жирант со административна забрана на плата. Токму во овој сегмент се јавуваат единствени облици на доброволно гарантирање.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Истражувањето на самиот почеток манифестираше доминација на гарантирањето по концептот на гарант-платец што е уште еден доказ за доминацијата на банкарската гаранција или гарантирањето за исполнувањето по основ на трговските зделки. Доминацијата на ваквата практика произлегува од потребата да се обезбедат трговските трансакции кои доминираат во прометот на стоки и услуги.

Анализирајќи ги основните постулати на кои почиваат институтите на гаранција и банкарска гаранција констатиравме дека хипотетската рамка поставена на почетокот на ова истражување во целост ги оправда своите претпоставки и тоа дека договорите за гаранција доминираат во трговските трансакции помеѓу трговските субјекти; Гаранцијата на полето на трговските зделки најчесто претставува банкарска гаранција; банкарскиот сектор води ригорозна (заштитна) политика во делот на гарантирањето за обврските на третите лица; условите за гарантирање на исполнувањето на долгот на главниот должник од банкарскиот сектор се ригорозни; претходното обезбедување на побарувањето на банката спрема главниот должник е условено од обезбедувањето што го дава банката на доверителот спрема главиот должник; Остварувањето на банкарската гаранција е условена од полноважноста и досепаноста на побарувањето; Сигурноста на приватниот (бизнис секторот) во најголема мерка се потпира на гаранцијата што произлегува од банкарскиот сектор; Банките бараат максимални обезбедувања од приватниот сектор што резултира со зголемувањето на бројот на договорите за факторинг и договорите за акредитиви во услови на глобализиран пазар на стоки и услуги; Во Република Македонија преку гаранцијата се наплаќаат најголем дел од трговските трансакции; Концептот на солидарна одговорност претставува „правичен“ концепт на одговорност истовремено заштита на гарантот од позицијата на главниот должник.

Во заклучокот на истражувањето заслужува внимание да се истакнат спецификите на банкарската гаранција на полето на јавните набавки и тоа посебно во делот на ненагласувањето на видот на можноста да се обезбеди непарично побарување од страна на банкарската гаранција. Според законската формулација кај јавните набавки може да се обезбеди и непарично

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

побарување, според нас во форма на надомест на штета.

Според нас, ваквата можност не е исклучена и на полето на општата гаранција, иако по природата на банкарското работење тоа не е правило. Во поглед на обемот на одговорноста на гарантот битно е да се истакне дека генерално во трговските трансакции обезбедувањето е солидарно, што ја зголемува потребата од дополнително обезбедување и создавање плејада на банкарски и општи институти на обезбедување на побарувањето. На полето на општата гаранција во рамки на Б2Ц и Ц2Ц неспоредно е преземањето на супсидијарната гаранција како начин на обезбедување во случај тоа да не го направил главниот должник спрема доверителот.

Иако перцепирани како два одделни правни института и тоа теоретски и според ЗОО, јасно е дека концептите и принципите на кои се базираат се идентични и во недостаток на судска практика на полето на граѓанското емство, се послуживме со гаранцијата во банкарскиот сектор. Се разбира ова само во сегментите кои се идентични и тоа: концептот на регресно право, концептот на солидарност во намирувањето на обврските спрема гарантот.

Според Македонското позитивно право, банкарска гаранција може да се издаде и за непарично побарување, иако исполнувањето по основ на издадената гаранција ќе биде во паричен облик. Од битно значење е да се истакне дека со решението на член 1223 од ЗОО не значи неможност за обезбедување на непарично побарување, туку право и обврска на банката да го исполнува побарувањето во паричен облик.

Во поглед на решението од член 1125 го проблематизиравме прашањето за *„пренос на обврските во врска со обезбеденото побарување, па следствено го поставуваме прашањето: на кои обврски мислел законодавецот со оглед на фактот што кај банкарската гаранција како товарно правно дело, примачот на гаранцијата нема обврска да плати провизија, туку таквата обрска ја има главниот должник којшто истовремено е должен да обезбеди банкарска гаранција и за тоа на банката да и плати провизија.*

При елаборирање на ова прашање констатиравме дека станува збор за законските обврски со коишто се товари гарантот (во случајот банката), ако тие произлегуваат од обврската за обезбедување на правата на доверителот

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

во однос на главниот должник којшто се намирил од гарантот.

Независно од бројните теоретски делиберации и практични образложенија во поглед на позицијата на гарантот (банка) *vis-à-vis* корисникот (*примачот*) на гаранцијата, на становиште сме дека е потребно темелно да се елаборира дека договорот за банкарска гаранција настанува помеѓу банката и главниот должник, при што за одредена провизија со којашто се товари последниот (*главниот должник*), банката презема обврска да го исполни долгот на главниот должник, односно да го реализира побарувањето на доверителот (*корисникот/примачот на гаранцијата*).

Иако во правната теорија овој правен однос се квалификува како договор за налог при што банката како налогопримач презема обврска да издаде гаранција на трето лице (*доверителот од основниот правен однос со главниот должник*), во основа на становиште сме дека договорот за банкарска гаранција настанува помеѓу налогодавачот (*главниот должник*) и налогопримачот (*банката*). Со издавањето на банкарската гаранција како еднострано правно дело, банката само се обврзува да ја исполни содржината по основ на облигацијата помеѓу неа како налогопримач и главниот должник како налогодавач.

In concreto, станува збор за исполнување на содржината на облигацијата којашто гарантот ја има како самостојна правна обврска спрема корисникот/примачот на гаранцијата. Во поглед на обврзноста прашањето за тоа дали банкарската гаранција претставува еднострано или двострано правно дело, на становиште сме дека станува збор за двострано правно дело и тоа независно дали се зазема становиштето дека тоа правно дело помеѓу банката и главниот должник, или банката и корисникот на гаранцијата.

Дури и да се прифати последното становиште, факт е дека станува збор за дело, а не за еднострана изјава на волја во интерес на корисникот/примачот на гаранцијата. Конечно, банкарската гаранција е сложено правно дело кое настанува помеѓу налогодавачот (*главниот должник*) и гарантот/банката.

Исполнувањето на содржината на обврската по основ на прифатениот налог е обврска која за гарантот произлегува спрема доверителот и неисполнувањето на оваа обврска му дава право на доверителот да се обрати

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

до гарантот за остварувањето на сите законски и договорни гарантирани права. Во истражувањето како заклучок констатиравме дека во рамки на ова сложено правно дело, сите субјекти имаат повеќе права и обврски со кои законодавецот го заштитил статусот на гарантот, должникот и доверителот.²¹¹

Од исклучително битно значење според нашите видувања стекнати во истражувањето е прашањето за влијанието на стечајот врз правната позиција на гарантот и правните импликации кои се рефлектираат врз позицијата на гарантот и доверителите при отворањето на стечајните постапки. Ако се земе предвид дека во Република Македонија и компаративно во бројни споредбено правни и економски системи кои се базираат на економијата на малите и средни бизниси, бројни се стечајните постапки кои се отворија, јасна е потребата за обезбедување на трансакциите и граѓанско правните обврски спрема банките и останатите доверители.

Во суштина и кога станува збор за гаранцијата како граѓанско правно дело, банкарскиот сектор доминира со својата улога со промена на позицијата. Попрецизно, банкарскиот сектор е учесник во договорот за гаранција, односно правните последици нужно ја вклучуваат со оглед на фактот дека во општата гаранција банката се јавува како доверител којшто по основ на договор за кредит има соодветни побарувања и *vice versa*, во трговските трансакции каде банката е гарант во функција на обезбедување на побарувањето на доверителот по основ на одредена Б2Б трансакција. Независно од ова, останува констатацијата дека суштествено во детерминирањето на односот е да се утврди дека настанокот на облигацијата во рамки на ова сложено правно дело е помеѓу главниот должник и гарантот чија основна обврска е да го исполни побарувањето спрема третото лице определено во налогот на главниот должник.

²¹¹ Momčinović H., Ugovori obveznog prava (prva knjiga), Zagreb, 1987, стр. 67.

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

Преглед на литературата (References):

Книги:

- Babič I. (2008) Privredno pravo, Beograd;
- Coode R. (2005). Commercial law-2nd edition, London;
- -ТС, WIPO, SOIP (2011) Тајните на интелектуалната сопственост-водич за мали и средни извозници, Македонија;
- Komisija za izradu Građanskog Zakonika (2007)-Rad na izdradi Građanskog Zakonika;
- Schmit-Sralewski (1999). France International Encyclopedia od laws contracts. London;
- Богусловски М. (1986). Меѓународно економско право, Москва;
- Гавровска П. И Дескоски Т. (2011). Меѓународно приватно право, Скопје;
- Илиевски М. И Огненовска Б. (2007). Меѓународно договорно право, Скопје;
- Николовски А. и Плавшиќ С. (1994). Меѓународно стопаско (трговско) право со примери и практика, Скопје;
- Поп-Георгиев Д. (1990) Облигационо право, Скопје;
- Цариќ С. и Капор В. (2000). Договори во стоковиот промет, Нови Сад;
- Чавдар К. И Чавдар К. (2012). Коментар на Закон за облигациони односи, Скопје;
- Worthington S.: Commercial law and Commercial practice, USA, 2003;
- Wendler M., Tremml B., Buecker B.: Key aspects of German business law, New York, 2008;
- Wetmore W.S.: A treaties on the law of contracts, Boston, 1856;
- Whitten D.O., Whitten B.E.: Handbook of American History, 1990;
- Whittle J.W.: Canadian business, Canada, 1997;
- Weiss K.D.: Building an import/export business, United State, 2008;
- Allen M.E., How to Export Import, US, 2006;
- Антић О.: Облигационо право, Београд, 2007;

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

- Antonijević Z.: Privredno pravo, Beograd, 1986;
- Apostolović B.: Naknada štete zbog povrede ugovora, Zbornik radova „Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva“, Beograd, 2008;
- Бабић И., Петровић З.: Облигационо право - посебни део, Београд, 2004;
- Балоба Н.: Послови привредног права, Београд, 1952;
- Von Bar C., Clive E., Schulte-Nölke H. (editors): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, 2008;
- Barnett R.E.: Contracts (Cases and Doctrine), 1995;
- Бартош М.: Процес комерцијализације грађанског права, Анали Правног факултета, бр. 1, Београд, 1969;
- Бартош М.: Процес комерцијализације грађанског права, Анали Правног факултета, бр. 1, Београд, 1969;
- Бендевски Т.: Меѓународно приватно право, Скопје, 2001;
- Bennett H.: Agency in the principle of European Contract Law and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, Uniform Law Review 11 Unif. L. Rev. n.s. (2006),
- Blagojević B., Krulj V. (redaktori): Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I knjiga, Beograd, 1983;
- Blagojević B., Krulj V. (redaktori): Komentar Zakona o obligacionim odnosima, II knjiga, Beograd, 1983;
- Blagojević B.: Novi međunarodni privredni poredak i savremeno međunarodno privredno pravo, Novi Sad, 1976;
- Благојевић Б.: Право меѓународног привредног промета, Анали Правног факултета, бр. 2-3, Београд, 1964;
- Blum B. A.: Contracts, 2001;
- Boyle M.D.: Business to business Marketplaces for freight Transportation, Massachusetts, 2000;
- Burnett R.: Law of International business in Australia, 2009;
- Burrows A.: Remedies for Torts and Breach of Contract, 2004;
- Busch D.: Indirect Representation in European contract law, Netherland,

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

2005;

- Calamari J.D., Perillo J.M.: Contracts, 1987;
- Campbell D.: Remedies for International sellers of goods, Salzburg, 2006;
- Carr I.: International Trade Law, 2008;
- Carr I., Kidner R.: (Statutes and Conventions) International Trade Law, London, 1999;
- Cartwright R.: Mastering the Globalization of Business, 2004;
- Capela J. J.: Dictionary of International Business Terms, New York, 2000;→
- Cass D.Z., Williams B.G., Barker G.: China and world Trading system: Entering the new Millennium, Cambridge University Press 2003, available from: Questia\Legal Collection [accessed 09 September 2009];
- Castel J.G.: The Canadian law and practice of International Trade, Canada, 1997;
- Collins H.: The Law of Contract, 2003;
- Cook T.A., Alston R., Raia K.: Mastering Import and Export Management, New York, 2004;→
- Corbin A.L.: Assignment of Contract rights, University of Pennsylvania Law review and American law register, 74 U. Pa. L. Rev. (1925-1926);
- Čolić B.: Neuredno ispunjenje ugovora, Pravni život, br. 10, II tom, Beograd, 1995;
- Čolović V.: Rimska konvencija (EU) o merodavnom pravu za ugovorne obaveze, Pravni život, br. 5-6, Beograd, 2004;
- Дабовиќ-Анастасовска Ј.: Договорите во „новото облигационо право на Република Македонија“, Деловно право, бр, 3/4, Скопје, 2001;
- Дескоски Т.: Нормите на непосредна примена во Римската конвенција за меродавно право за договорните обврски од 1980 година, Зборник во чест на животот и делото на Стеван Габер, Скопје, 2001;
- Дескоски Т.: Усогласување на македонското со меѓународното приватно право на ЕУ за договорите, Евроинтеграција на правниот, политичкиот и општествениот систем на Република Македонија, Скопје, 2002;
- Đorđević Ž., Stanković V.: Obligaciono pravo - opšti deo, Beograd, 1987;

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

- Draškić M.: Međunarodno privredno ugovorno pravo, Beograd, 1990;
- Драшкић М.: Стицање права на једнострани раскид уговора у систему правних последица доцње у нашем праву, Анали Правног факултета, бр. 3-4, Београд, 1968;
- Đurović R.: Međunarodno privredno pravo, Beograd, 2004;
- Flambouras D.: Transfer of risk in the Contract of Sale Involving Carriage of goods. A comparative study in English Law, Greek Law and the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods, International Trade and Business Law Annual, 6 Int'l. Trade & Bus. L. Ann. (2001),
- Furmston M.: Principles of Commercial Law, Great Britain, 2001;
- Галев Г., Дабовиќ-Анастасовска Ј.: Облигационо право (практикум), книга прва, Скопје, 2001;
- Галев Г., Дабовиќ-Анастасовска Ј.: Облигационо право (практикум), книга втора, Скопје, 2002;
- Галев Г., Дабовиќ-Анастасовска Ј.: Облигационо Скопје, 2008;
- Галев Г.: Обичајот и моралот како извори на облигационото право, Зборник на трудови „Актуелните прашања за државата и правото на Република Македонија и Руската Федерација“, том 2, Скопје, 2007;
- Гавроска П.: Автономија на волјата на договорните страни, Деловно право, бр. 2, Скопје, 2000;
- Гавроска П.: Меѓународно приватно право (судир на законите), Скопје, 2002;
- Гавроска П.: Точки на врзување за договорни односи со странски елемент, Годишник во чест на Стрезо Стрезовски, Скопје, 2006;
- Gillies P., Moens G.: International trade and business, UK, 2006;
- Главинчева М.: Француско – македонски деловен речник (право, економија, шпедиција, осигурување, царина), Охрид, 2006; Goldštajn A., Barbić J., Vedriš M., Matić Ž.: Obvezno pravo (prva knjiga), Zagreb, 1979;
- Goldštajn A., Barbić J., Vedriš M., Rosenberg Lj., Verona A.: Obvezno pravo (prva knjiga), Zagreb, 1978
- Goldštajn A.: Državni akti i vanjskotrgovački ugovori, Zagreb, 1981;

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

- Goldštajn A.: Međunarodno trgovačko pravo (konvencije-pravila-opći uvjeti poslovanja), Zagreb, 1970;
- Goldštajn A.: Pravo međunarodne kupoprodaje II, Zagreb, 1965;
- Goldštajn A.: Pravo međunarodne kupoprodaje, Zagreb, 1963;
- Goldštajn A.: Privredno ugovorno pravo, Zagreb, 1980;
- Goode R., Kronke H., McKendrick E.: Transnational Commercial Law, 2007;
- Goode R.: Reflection on the Harmonization of Commercial Law, 1991 I Unif. L. Rev. o.s. 54 (1991), available from: Goode R.: Commercial Law, United Kingdom, 2004;
- Goren S.L.: The Swiss Federal Code of Obligations, Colorado, 1987;
- Gorenc V. (glavni urednik): Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005;
- Gorenc V.: Trgovačko pravo - Ugovori, Zagreb, 2000;
- Zattila M.J.: Zaključivanje ugovora u elektronskoj formi kao imperative savremeno trgovine, Beograd, 2005;
- Jakšić A., Đorđević S.: Praktikum za međunarodno privatno i međunarodno građansko procesno pravo, Beograd, 2004;
- Jakšić A.: Međunarodno privatno pravo, Beograd, 2008;
- Јанковец И.: Привредно право, Београд, 1999;
- Јанковец И.: Тумачење уговора у привреди, Право и привреда, број 5-8, Београд, 2003;
- Јанковец И.: Уговори у привреди према Закону о облигационим односима, Анали Правног факултета, бр. 3-5, Београд, 1978;
- Јанковец И.: Уговори у привреди, Београд, 1987;
- Капор В., Carić S.: Уговори робног промета, Нови Сад, 2000;
- Капор В., Đurović R.: Категорије унифицираних правила међународног привредног права, Нови Сад, 1978;
- Капор В.: Јединство облигационог права и посебна правила за уговоре у привреди, Зборник радова са саветовања о Закону о обвезним (облигационим) односима, Загреб-Београд, 1978;
- Капор В.: Купопродаја робе у спољној трговини, Нови Сад, 1972;

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

- Капор В.: Примена обичаја и узанси по Закону о облигационим односима, Анали Правног факултета, бр. 3-5, Београд, 1978;
- Kašanin R., Velimirović T.: Opšte uzanse za promet robom sa objašnjenjima i sudskom praksom, Beograd, 1974;
- Kašanin R.: Dobri poslovni običaji kao pravni standardi, Pravni život, br. 11-12, Beograd, 1994;
- Kaštela S., Horvat L.: Prometno pravo, Zagreb, 2008;
- Knežević G.: Međunarodna kupoprodaja robe, Budimpešta, 1997;
- Коевски Г.: Начела на UNIDROIT за меѓународни трговски договори, Годишник во чест на Стрезо Стрезовски, Скопје, 2006;
- Коевски Г.: Поим и правна природа на договорот за дистрибуција на стока, Деловно право, бр. 2, Скопје, 2000;
- Koevski G.: Pravni pojam neispunjenja ugovora u uporednom pravu, Pravni život, br. 10, tom II, Beograd, 1998;
- Kötz H.: European Contract Law, 1992;
- Koziol H., Steininger B.C., European tort law, New York, 2002
- Лоза Б.: Облигационо право (општи дио), Београд, 2000;
- Loos M.B.M.: Towards a European Law of Service Contracts; Netherland, 2001;
- Loza B.: Obligaciono pravo (posebni dio), Sarajevo, 1971;
- Loos M.B.M.: Towards a European Law of Service Contracts; Netherland, 2001;
- Loza B.: Obligaciono pravo (posebni dio), Sarajevo, 1971;
- Milutinović M.: Načelo savesnosti i poštenja (Univerzalni princip međunarodne trgovine), Pravni život, br. 10, Beograd, 2004;
- Milošević Lj.: Obligaciono pravo, Beograd, 1974;
- Momčinović H.: Ugovori obveznog prava (prva knjiga), Zagreb, 1987;
- Nicholas B.: The French Law of Contract, 2005;
- Nicholson M.J.: Legal aspects of international business: Canadian perspective; Toronto, 2007;
- Николовски А., Плавшиќ Б.: Трговско право, Скопје, 2005;

Одговорноста на гарантот според Македонското право и судска практика

- Николовски А., Плавшиќ Б.: Меѓународно трговско (стопанско) право, Скопје, 1994;
- Хибер Д., Живковић М., Обезбеђење и учвршћење потраживање, Београд, 2015;
- Павићевић Б., Стојановић Д.Д., Право обезбеђење кредита, Београд, 1997;